الجامع لمسائل المدونة والمختلطة

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه أبي بكر بن عبد الله

ابن يونس الصقلي

المتوفى ٤٥١ هـ

وإتماماً للفائدة

ألحقنا بآخر الكتاب «كتاب الفرائض» للمؤلف رحمه الله

اعتنى به

أبو الفضل الدمياطي «أحمد بن علي» عفا الله عنه

تقديم

الشيخ العلامة الأستاذ الدكتور

أحمد بن منصور آل سبالك حفظه الله

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية:

الحمالة - الحوالة - المأذون -

اللقطة والضوال والإباق - اللقطة -

حريم الآبار - الغصب - الوديعة - العارية -

الاستحقاق - الحبس - الصدقة - الهبة والهبات

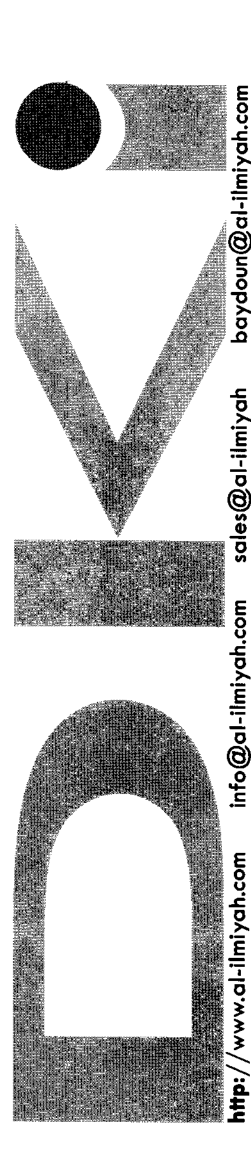


دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

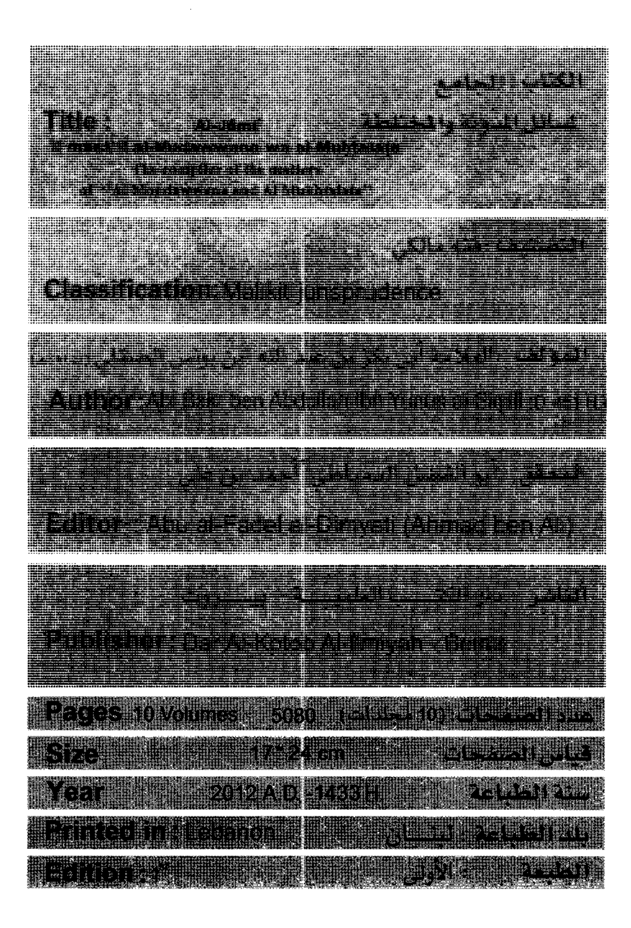


الجامع

لمسائل المدونة والمختلطة



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com



الكتاب: الجامع لمسائل المدونة والمختلطة

Title: Al-Jāmi'

The compiler of the matters of "Al-Mudawwanah and Al-Mukhtalața"

التصنيف: فقه مالكي

Classification: Maliki jurisprudence

المؤلف: العلامة أبي بكر بن عبد الله بن يونس الصقلي

Author: Abi Bakr ben Abdullah ibn Yunus al-Siqilli

المحقق: أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي

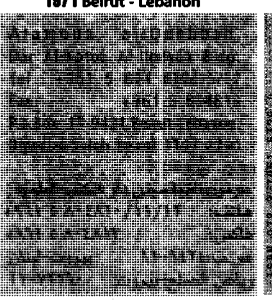
Editor: Abu al-Fadel al-Dimyati (Ahmad ben Ali)

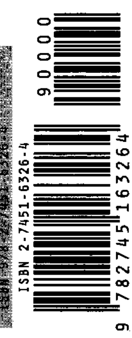
الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages	10 Volumes 5080 (10 مجلدات)	عدد الصفحات
Size	17*24 cm	قياس الصفحات
Year	2012 A.D. -1433 H.	سنة الطباعة
Printed in	: Lebanon / لبنان	بلد الطباعة
Edition	: 1st / الأولى	الطبعة







بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله

كتاب الحمالة

في الحمالة بالوجه أو بالمال ، وموت الغريم ، وما يبرئ الحميل

الأصل في جواز الحمالة قوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾(١) ، فهذه حمالة المال ، وقال تعالى في قصة يعقوب عليه السلام : ﴿ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾(٢) فهذا ضمان لعينه ، وقد قال ﷺ : «الزعيم غارم » (٣) ، والزعيم في اللغة والحميل والكفيل سواء ، ولا خلاف في جوازه، ولأنها وثيقة [بالحق] (٤) كالرهن .

م : واختلف فقهاؤنا المتأخرون إذا قال : أنا حميل لك ، أو زعيم ، أو كفيل ، ولم يزد على هذا ، هل يحمل على أنه حميل بالمال أو بالوجه إذا عرى الكلام من دليل .

والصواب من ذلك : أن يكون على المال لقوله عليه السلام : « **الزعيم غارم** » ، فلأن حميل الوجه إذا لم يأت به غرم المال ، والأصل في الحمالة المال ، لأنه هو المطلوب حتى يشترط الوجه ، أو يقتضيه لفظهما .

وأما إن اختلفا ، فقال الطالب : شرطت عليك الحمالة بالمال ، وقال الكفيل : بل بالوجه ، وقد أحضر الغريم معه ، فينبغى أن يكون القول قول الحميل ، لأن الطالب يدعى اشتغال ذمته ، فعليه البيان .

م : ولأن الحمالة معروف ، والمعروف لا يلزم منه إلا ما أقر به معطيه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : فإن قال : أنا حميل لك أو زعيم أو كفيل أو ضامن أو هو لك عندى أو علىَّ أو إلىَّ أو قبلى ، فذلك كله حمالة لازمة إن أراد

---

(١) سورة يوسف (٧٢) .

(٢) سورة يوسف (٦٦) .

(٣) أخرجه الترمذى (١٢٦٥) وابن ماجة (٢٤٠٥) وأحمد (٢٢٣٤٨) والدارقطنى (٣/ ٤٠) من حديث أبي أمامة رضى الله عنه ، وصححه الألبانى .

(٤) فى أ : بالرهن .

الوجه أو المال ، لزمه ما شرطه ، فإن شـرط بالمال فأتى بالغريم عند الأجل معدمًا لم يبرأ وغرم.

وأما إن تكفل برجل أو بنفسه أو بوجهه أو بعينه إلى أجل ولم يذكر مالاً ، فإنه إذا أتى بالرجل عند الأجل مليًا أو معدمًا برئ .

فإن لم يأت به حينئذ والغريم حاضر أو غائب ، تلوم له كما يتلوم للحاضر .

وفي «كتاب ابن المواز» : إذا كان غائبًا كاليوم واليومين .

قال في « العتبية » : أو ثلاثة أو بقدر ما لا يضر فيه بالطالب وما يجتهد به للحامل ، استأنى بقدر ذلك .

فإن أتى به بعد التلوم فلا شيء عليه ، وإلا غرم .

وقال ابن وهب : إذا غاب الغريم قضى على الحميل ، ولا يضرب له أجل طلبه فيه .

قال بعض الفقهاء : وما في « المدونة » أشبه ، لأن التلوم في الحاضر ثلاثة أيام ونحوها، فإذا كانت غيبته يوما تلوم له ثلاثة أيام ، يوم خروجه ، وزادوا : يوم إقامته ويوم مجيئه ، إذ لا يتأتى له يوم وصوله وجوده فيلتمسه الغد .

وإذا كانت غيبته يومين صار التلوم له خمسة أيام ، يومين سير ، ويومين مجيء، ويوم إقامة في طلبه ، فيكثر التلوم وإذا كانت الغيبة ثلاثة أيام احتاج أن يتلوم له سبعة أيام ، فيكثر التلوم ، ويصير بخلاف الحاضر ، فلذلك قلنا : ما في «المدونة» أشبه.

ومن « المدونة » : وإن بعدت غيبة المكفول به غرم الحميل مكانه .

فإن غرم الحميل المال ثم وجد الغريم بعد ذلك وأتى به ، لم يرجع الكفيل على الذى أخذ منه المال بشيء ، ولكن يرجع الغريم بما أدى عنه بالحمالة .

قال مالك : ولو شرط حميل الوجه إذا طلبه فإن لم أجده برئت ، لم يلزمه إلا ما شرط .

ابن المواز : أو يقول : لا أضمن إلا وجهه ، فهذا لا يضمن إلا الوجه ، غاب أو حضر أو مات أو فلس ، فلا يحبس إن لم يحضره ، إلا أن يعلم بمكانه ، فليحبس

بقدر ما يرى السلطان مما يرجى إحضاره .

ومن « المدونة » : قال غيره : لا يلزمه من المال شيء ، جاء بالرجل أو لم يأت به ، إذا أن يمكنه بعد الأجل إحضاره فيفرط فيه حتى أعوزه ، فهذا قد غرم .

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم : وإن قال له الطالب : هو بموضع كذا فاخرج إليه، فينظر فإن كان مثل الحميل يقوى على الخروج إليه ، أمر بذلك ، وإن ضعف عن ذلك لم يكن عليه أن يخرج .

وإن خرج ثم قدم فقال : لم أجده ، فكذبه الطالب في الوصول ، فإن كان من وقت خروجه مدة يبلغ في مثلها صدق .

وإن أثبت الطالب أنه خرج وأقام بقرية ولم يتماد ، فليعاقبه السلطان بالسجن بقدر ما يرى بإحضار صاحبه إن قدر عليه .

وأما إن لم يقدر عليه فلا ، إلا أن يلقاه فيتركه فيضمن إن ثبت ذلك عليه .

وكذلك إن غيبه في بيته فلم يظهره .

وفي «كتاب ابن حبيب» : إن جهل مكانه ، فليس عليه طلبه ولا الغرم عنه .

وإن عرف مكانه فعليه أن يخرج ، قرب مكانه أو بعد ، إلا في البعيد المتفاحش.

وأما مسيرة الأيام التى تكون من أسفار الناس واختلاف البلدان غير النائية جدا ، فليخرج أو يرسل أو يغرم .

وقال أصبغ : ليس عليه [ق /٢ / ٥ب] طلبه إلا في مسافة قريبة كاليوم واليومين

فصل

ومن « المدونة » :

قال ابن القاسم : وإذا مات الغريم برئ حميل الوجه ، لأن النفس المكفولة قد ذهبت على الحميل بالمال فأداه ، ثم إن أثبتت بينة أن الغريم مات في غيبته قبل

القضاء رجع الحميل بما أدى على رب الدين ، لأنه لو علم أنه ميت حين أخذ به الحميل لم يكن عليه شيء ، وإنما تنفع الحمالة بالنفس ما كان حيا .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : إذا لم يحكم على الحميل بالوجه حتى مات الغريم بالبلد قبل الأجل أو بعده ، قرب ذلك أو بعد ، فلا شيء على الحميل .

ابن المواز : وهو المعروف من قول مالك ، وعليه جماعة أصحابه .

قال ابن القاسم : وإن مات في غيبته وهي قرية بعيدة ، لزم الحميل الغرم ، إلا أن تكون الحمالة مؤجلة ، ويكون موت الغريم قبل الأجل بأيام كثيرة لو كلف الحميل المجيء به يخرج فيها ويرجع قبل حلول الأجل ، فحينئذ تسقط عنه الحمالة ولا يلزمه شيء .

قال ابن القاسم : وإن كنت قلت في هذه المسألة غير [ق/ ٢/ ٥أ] هذا فاطرحوه وخذوا بهذا .

ابن المواز : **قال أشهب** : لا أبالي إذا هو مات فالحمالة تسقط لموته أو غيبته ولو بالبلد.

م : وهو نحو ما في « المدونة » .

قال بعض الفقهاء : وهو أشبه ، لأنه إذا مات كشف الغيب أنه كان ممن لا يلزمه الإتيان به ، إذ لا قدرة له على ذلك .

قال ابن المواز : وإن تحمل رجل بنفس رجل ، وتحمل آخر بنفس الحميل ، فلم يوجد إلا حميل الحميل ، فإن جاء بأحدهما برئ ، وإلا لزمه المال ، ثم يرجع هو على من شاء منهما .

قال : فإن لم يحكم عليه حتى مات أحدهما ؟

قال : إن مات الغريم برئا جميعا ، وإن مات الأوسط كانت الحمالة في تركته وبرئ الثالث ، وإن مات الثالث فالحمالة عليهما قائمة .

قال : وإن كانت حمالة الثاني قبل الثالث بالمال ، قيل له : إن جئت بالغريم برئت ، لأن صاحبك يبرئ بذلك ، وإن جئت بالحميل ، فإنه إن ثبت عليه المال إذا لم يأت بالغريم كنت للمال ضامنا ، وإن مات الغريم برئتما ، وإن مات حميل

الأول، فالأول على حمالته .

ابن المواز : والآخر يقوم مقامه إن جاء بالغريم برئا ، وإلا غرم .

وقال عبد الملك : إذا مات الغريم الأوسط سقطت الحمالة بموته عنه وعن حميله، ولم يعجبنا هذا .

قال محمد : ومن تحمل بوجه رجل ، فشرط صاحب المال على الحميل إن لم تأت به عند وفاء الأجل فحقى عليك ، فلم يأت به حتى مات .

قال : إن مات قبل الأجل ، فلا شيء على الحميل ،لأنه حميل بالوجه ، فهى ساقطة بموت الغريم ، وإن مات في البلد بعد الأجل لم يبرئ الحميل .

ابن المواز : لأنه صار بمضى الأجل حميلا بالمال .

ومن « المدونة » : ومن تحمل بوجه رجل في أجل فلم يأت به عند الأجل ، فرفع إلى الحاكم فلم يقض عليه بالمال حتى أحضره برئ من المال ومن عين الرجل .

ولو كان قد حكم عليه بالمال بعد التلوم ، لزمه المال ومضى الحكم بذلك ، ويتبع أيهما شاء .

وقال سحنون : إن حكم عليه السلطان بالمال ورجع الحميل المحمول إلى الطالب في السجن أو المفازة أو موضع فيه سلطان ، فلم يغرمه حتى جاء بالغريم ، فلا غرم على الحميل .

قال ابن القاسم : وإذا جلس المحمول بعينه فدفعه الحميل إلى الطالب وهو في السجن برئ الحميل ، لأن الطالب يقدر على أخذه في السجن ويحبس له بعد تمام ما سجن فيه .

وكذلك إن دفعه إليه بموضع فيه حاكم أو سلطان ، وإن لم يكن ببلده فيبرأ .

قال : ودفعه إليه بموضع لا سلطان فيه أو في حال فتنة أو في مفازة أو مكان يقدر فيه القديم على الامتناع منه لم يبرأ منه الحميل حتى يدفعه إليه بموضع يصل إليه وبه سلطان فيبرأ .

قال ابن حبيب : ولو جاء به عند الأجل والطالب غائب لم يبرئ حتى يجمع بينه وبين صاحبه ، إلا أن يكون شرط في أصل الحمالة أنك إن غبت ولم توكل من يقبض منى فلا حمالة لك ، فذلك له إذا شهد بإحضاره .

وإذا شرط إن لم يأت به إلى أجل كذا كان حميلا بالمال فإذا مضى الأمد ولم يأت به كان حميلا بالمال ، ولا يبرئ إلا أن يأتى به مليا ، ولا يحتاج هاهنا إلى أن يتلوم له في حمالة الوجه ، لأنه ضرب به أجلا ، متى لم يأت بالرجل عند الأجل كان حميلا بالمال وفي « العتبية » : عن ابن القاسم في الحميل يشترط على الطالب إن لقيت غريمك فذلك برائتى ، فلقيه بموضع يقدر عليه فهى براءة ، وإن كان بموضع لا يقدر عليه فليست براءة للحميل .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو أن الغريم أمكن الطالب من نفسه ، فأشهد: إنى دفعت نفسى إليك براءة للحميل ، لم يبرأ الحميل بذلك وإن كان في موضع تنفذ فيه الأحكام حتى يدفعه الحميل نفسه أو وكيله إلى الطالب ، فإن لم يقبل ذلك الطالب ، أشهد عليه وكان له بذلك براءة .

قال ابن المواز : ولو أمره الحميل أن يمكن نفسه من الطالب ليبرئ بذلك الحميل فإن أنكر الطالب أن يكون الحميل أمره بدفع نفسه إليه ، فإن شهد بذلك أحد برئ الحميل .

فيمن ادعى قِبَل رجل حقا ، فقال له : إن لم آتك به غدا فأنا ضامن : [ق / ٣ / ٥ب] أو قال المدعى عليه : إن لم آتك به غدا فالذى تدعيه قِبَلى ، ومن قضى حقا عن صغير :

قال ابن القاسم : ومن ادعى على رجل حقاً ، فأنكره ، فقال له رجل : أنا كفيل به إلى غد ، وإن لم أوافك به غداً فأنا ضامن للمال ، وسمى عدده ، فإن لم يأت به في غد، فلا يلزم الحميل شيء حتى يثبت الحق ببينة فيكون حميلاً بذلك ، وسواء أقر المدعى عليه الآن بهذا المال أو أنكر إذا كان اليوم معدمًا .

قال ابن القاسم : وإن أنكر المدعى عليه ، ثم قال للطالب : أجلنى اليوم فإن لم

أوفك غداً فالذى تدعيه قبلى ، فهذه مخاطرة ، ولا شيء عليه إلا أن يقيم عليه بذلك بينة.

قال : فإن قال : لى على فلان ألف درهم ، فقال له رجل : أنا كفيل به ، فأتى فلان فأنكرها ، لم يلزم الكفيل شيء حتى يثبت ذلك ببينة .

ابن المواز : لا بإقرار المطلوب الآن ، ولو كان إقراره بذلك قبل الحمالة ، لزم الكفيل الغرم .

م : ظاهر اعتلاله في « المدونة » أنه لو أقر لزم الحميل الغرم .

ووجه ما في «كتاب محمد» : أن معنى الكلام عنده ، إنما تحمل بما يثبت لقاض على قاض ، ومعنى هذه المسألة على قول محمد : أن المطلوب معسر.

فأما إن كان موسرا مقرا ، فلا تهمة في ذلك ، لأنه إن أخذ الكفيل بالغرم على أحد قولى مالك ، فالكفيل يرجع عليه ، لأنه مقر بالدين .

وأما في القول الآخر ، فالمطلوب المبدأ بالغرم ، وهذا بيِّن .

فصل

قال مالك : ومن أدى عن رجل حقًا لزمه بغير أمره ، فله أن يرجع به عليه .

قال ابن القاسم : وكذلك من تكفل عن صبى بحق قضى به عليه ، فأدى عنه بغير أمر وليه ، فله أن يرجع به في مال الصبى .

وكذلك لو أدى عنه ما لزمه من متاع كسره أو أفسده أو اختلسه ، لأن ما فعله الصبى من ذلك يلزمه . قاله مالك .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وذلك إذا كان الصغير الجانى ابن سنة فصاعداً .

محمد : وأما الصغير جداً مثل ابن ستة أشهر ، لم ينزجر إذا زجر ، فلا شيء عليه.

في التداعى في الحمالة

قال مالك رحمه الله : ومن له على رجل ألف درهم من قرض وألف درهم من

كفالة فقضاه الرجل ثم ادعى أنها القرض ، وقال المقتضى به : بل هى الكفالة .

م : إن تبين اختلافهما في القرض والكفالة وادعيا أنهما بينا ، قال : فليقضى بنصفها عن القرض ونصفها عن الكفالة [ق/ ٢ / ٥أ] وقال غيره : القول قول المقتضى مع يمينه ، لأنه مؤتمن مدعى عليه وقال سحنون .

ابن المواز : وهذا قول عبد الملك وحجته ؛ وقاله أشهب وخالفه في الحجة ، وحجة أشهب : أن الدافع مدع لقضاء الحق الذى بحمالة أو قرض ، فالمدعى عليه البيان .

ابن المواز : وحجة عبد الملك خير .

م : وهذا إذا كان الكفيل والغريم موسرين ، لأن الذى له الدين يقول : إنما أخذتها من الكفالة كراهية منه في مطالبة من عليه الدين الذى بالكفالة ، وحقه طلب الكفيل بما عليه من قرض .

وأما إن كانا معدمين أو أحدهما معدما فلا فائدة للقابض في دعواه أنها من الكفالة ، لأنه في عدمها إن كانت المقبوضة من القرض كان للقابض اتباع ذمتين بمائة الكفالة ، فهو خير له من اتباع ذمة واحدة .

فإن كان الكفيل وحده معدما ، فلا طلب عليه بمائة الكفالة ، ويطلب المديان بها الموسر ، فإن كان المديان بها معدما فهو قادر على أخذ الكفيل بالمائة الكفالة كغريم الغريم .

وأما إن لم يذكرا عند القضاء شيئا ، فلم يختلف أن ذلك مقسوم بين الحقين إذا كانا حالين أو مؤجلين ، إذ لا مزية لأحدهما على الآخر . قال في « المدونة » : وورثتهما في قولهما مثلهما .

قال ابن المواز : إنما تصح المسألة في التهمة إذا لم يكن حلَّ من ذلك شيء أو حلاً جميعا .

فأما إن كان حلَّ بعض ، وبعض لم يحل ، فالقول قول من ادعى أنه من الحق الحال كان القابض أو الدافع متبع ببينة بلا اختلاف من ابن القاسم وأشهب .

وعبد الملك . قال : عن ابن القاسم ومالك : وإذا قال أحدهما : قضيتك ويثبت أنها لكذا .

وقال الآخر : قد شرطت عليك : إذا قال أحدهما : عن كذا ، وقال الآخر : بل عن كذا . إن الحق يقسم بينهما .

ابن المواز : بعد أيمانهما ، ومن نكل منهما كان القول قول الحالف .

فإن حلفا جميعا أو نكلا جميعا قسم ذلك على الحقين على قول ابن القاسم وراويته .

وذكر ابن القاسم عن مالك مثله في حقين ، أحدهما بحمالة والآخر بلا حمالة .

قال مالك : مثله في حقين أحدهما بحمالة والآخر بغير حمالة ، وكذلك حق بيمين والآخر بلا يمين ، أو برهن والآخر بلا رهن .

قلت : فإن ادعى أحدهما أنه بيَّن عند القضاء وقال الآخر: ما بين أحدنا شيئا.

قال : قال أصبغ في هذا : إن القول قول من ذكر أن ذلك مبهم ، إلا أن يكون لمن ادعى أنه قد كان بيَّن عند القضاء بينة .

ابن المواز : وهذا خلاف قول ابن القاسم ، وهو مذهب أشهب وعبد الملك .

م : وينبغى على مذهب ابن القاسم أن يكون من ادعى الإبهام قد سلم القسمة ، فيكون النصف قد ثبت لمدعى التعيين في القضاء ، ثم يكون النصف الثانى مقسوما بينهما لتساوى دعواهما فيه ، فيكون ثلاثة أرباع الحق : [ق / ٤/ ٥ب] الذى سماه أحدهما ، والربع عن الآخر الذى ادعى الإبهام .

قلت لمحمد : فإن أقرأ جميعا أنه كان بلا شرط بينهما ، ولكن كان ذلك تباينا .

قال : هذا لم يختلف فيه قول ابن القاسم وأشهب أن ما اقتضاه يقسم على الحقين جميعا .

قال بعض فقهائنا القرويين : وإنما تصح القسمة على الحقين في مسألة « المدونة » إذا كان الغريم عند دفع الألف معسرا ، وهو الآن حين تنازعا موسرا ، ولو كان الآن حين التنازع معسرا لم يكن لقسم ذلك على الحقين وجه من أجل أن القابض يقول للكفيل الدافع: أليس لو صدقتك أن ما دفعت إلىّ من القرض ، أكان لى مطالبتك

بالكفالة إذ الغريم معسر ؟

فلما كان الأمر على هذا كان القول قول القابض .

فلو كان الغريم يوم الدفع معسراً والآن حين التنازع موسرا ،لم تصح القسمة ، ويكون القول ها هنا قول الدافع ، لأن من حجته أن يقول : أنا حين دفعت ممن لا يتعلق على الغريم لكون الغريم موسرا ، فصار القابض مدع على الدافع معروفا ، تبرع له به من أدى ما لا يلزمه ، فصح لهذا أن يكون القول قول الدافع .

وأما لو كان الغريم يوم الدفع موسراً والآن عند التنازع معسرا ، لكان القول قول القابض ، لأن من حجته أن يقول للكفيل : أليس لو صدقتك أن ما دفعت إليَّ هو القرض لكان لى مطالبتك بالكفالة إذ الغريم معسر ؟ فصح بهذا أن القول للقابض ، فصار وجه تصح فيه القسمة ، وهو أن يكون الغريم يوم الدفع معسرا والآن موسرا وجه يكون القول قول القابض ، وهو أن يكون الآن الغريم معسرا وجه يكون القول قول الدافع ، وهو أن يكون الغريم في الوجهين موسرا .

وجميع هذا التقسيم المذكور إنما يصح على قول مالك الذى أخذ به ابن القاسم أن الكفيل لا يغرم إلا في عدم الغريم .

فأما على قوله : إن للطالب أن يأخذ أيهما شاء ، فالقول قول القابض في جميع ما في هذه الوجوه ، وبالله التوفيق .

فصل

ومن « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن تحمل وقال : تحملت بألف درهم، وقال الطالب : بل بخمسمائة دينار ، فصدقه المطلوب ـ يريد : ولا مال له ـ فليحلف له الحميل : ما تحملت إلا بألف درهم ، ويؤديها ويشترى بها دنانير ، فإن بيعت بثلاثمائة دينار ، رجع الطالب على المطلوب بمائتين ، ويرجع الحميل على الغريم بثلاثمائة دينار ويشترى له بها دراهم ، فإن وفت ألفا ، فذلك ، وإن زادت فالزيادة للغريم .

فإن نقصت حلف المطلوب للحميل ما تحمل إلا بخمسمائة دينار فإن نكل حلف

الحميل وأخذ .

ومن «كتاب ابن المواز» : ولو قال الحميل : تحملت لك بألف درهم ، وقال الطالب : بخمسين دينارا ، وقال المطلوب : بمائتين ، وهى التى له علىَّ ، قال : يؤخذ بخمسين دينارا وتؤخذ عنه اليمين ما أقر به يبلغ ما ادعاه الطالب من الدنانير ، فتسقط الأيمان بين الغريم والحميل ، وحلف الغريم .

فإن نكل ، قال : فإن لم يف ثمنها بخمسين دينارا ، وكانت تساوى ألف درهم، أخر يمين الحميل وحلف الغريم .

فإن نكل عن اليمين حلف الطالب فاستحق قبله الخمسين دينارا إن كان موسرا ، أو يبرأ الحميل ولا غرم ولا يمين .

وإن لم ينكل الغريم حلف أن ليس له عليه إلا المائتين ، فإن غرم ذلك برئ، ويحلف الحميل ، ويبرأ الحميل إن كانت تساوى ألف درهم .

فإن لم تساو ذلك حلف أيضا وغرم ما عجز من ثمن القمح على ألف درهم ، وهذا كله إذا لم يساوى القمح خمسين دينارا .

قال : فإن نكل الحميل عن اليمين غرم بقية ما ادعاه الطالب من الخمسين دينارا، ولا يرجع الحميل بما غرم في ذلك من فضلة ما حلف عليه ، ولا من فضلة ما غرم بنكوله ، لا على الغريم ولا على الطالب الذى غرم عنه .

وفي هذه المسألة زيادة في «كتاب محمد» تركتها لتوعرها .

ومن « العتبية » : عن ابن القاسم من رواية ابن أبى زيد في الطالب يقوم على الحميل بعد الأجل ويزعم أن الغريم عديم ، ويقول الحميل : هو ملىّ ، فإن لم يعرف له مال ظاهر، فإن الحميل غارم ، إلا أن ينكشف للطالب مال الغريم ، فلا يكون له على الحميل شيء.

في إغرام الحميل
وموته وموت الغريم

والسنة أن الضمان لا يبرئ ذمة المضمون لقوله عليه السلام : « **نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه** » ، ولأن الضمان مأخوذ من الضمن ، وهو شغل ذمة أخرى بالحق، بخلاف الحوالة التى هى مأخوذة من تحول الحق ، ولأنها وثيقة ، فلم يبرئ بها من عليه الحق كالرهن .

قال مالك : ومن تحمل برجل أو بما عليه ، فليس للذى له الحق إذا كان الغريم حاضرا مليًا أن يأخذ من الكفيل شيئا إلا ما عجز عنه الغريم .

وكان مالك يقول : يتبع أيهما شاء في ملك الغريم ، ثم رجع إلى هذا ، وأخذ به ابن القاسم ، ورواه ابن حبيب .

قال عبد الوهاب : وبالأول قال أبو حنيفة والشافعى .

ووجه ذلك : قوله عليه السلام : « **الزعيم غارم** » ، ولم يفرق ، ولأن الضامن أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذى كانت ذمة الغريم به مشغولة ، فكان [ق / ٤/ ٥ب] كالغريم في المطالبة .

ووجه الثانية : أن الضمان في العادة إنما هو لحفظ الحق من التواء ، ولم يوضع ليكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة ، فإذا صح ذلك لم تكن له المطالبة إلا على الوجه الذى دخل عليه الضامن .

م : فقال بعض أصحابنا : وجه ذلك أن الحميل إنما أخذ ذلك توثقة فأشبه الرهن، فلما كان لا سبيل إلى الرهن إلا عند عدم المطلوب فكذلك لا سبيل على الكفيل إلا عند عدم المطلوب .

ومن « المدونة » : قال غيره : وإن كان الغريم ملدًا ظالمًا ، قال مالك : أو كان غائبا مليًا في غيبته أو مديانًا حاضرًا يخاف الطالب إن قام عليه المحاصة فله اتباع الحميل .

قال في «كتاب محمد» : مثل أن يكون رجلا كثير الدين ، إن اقتضى منه شيئا خافا إن يحاص فيما يأخذ بعد ذلك ، فحينئذ يرجع على الحميل .

قال في « المدونة » : إلا أن يكون للغائب مال حاضر يعدى فيه ، فلا يتبع الحميل.

قال غيره : إلا أن يكون في إثبات ذلك وفي النظر فيه بعد ، فيؤخذ من الحميل، وقاله سحنون .

فصل

قال مالك : وإذا مات الكفيل قبل الأجل ، فللطالب تعجيل الدين من تركته ، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل ، وله محاصة غرمائه أيضا .

وفي رواية ابن وهب من غير « المدونة » : إنه يؤخذ قدر الحق من تركة الحميل ويوقف إلى الأجل ، فإن كان الغريم مليا [ ] ذلك إلى ورثة الكفيل .

وإن كان عديما أخذه الغريم ، قال يحيى : هذه رواية سوء .

وقالها عبد الملك ، وقال أشهب مثل قول ابن القاسم وروايته .

م : **قال عبد الوهاب** . إن الرواية الأولى مخرجة على أنه يطالب أيهما شاء ، والثانية مبنية على أن ليس له مطالبة الضامن إلا في تعذر الأخذ من الغريم ، وظاهر قولهم أن له تعجيل الدين من تركته على قوله : ليس له مطالبته إلا في غيبة الغريم وعدمه ، وذلك أن ابن القاسم وغيره ممن أخذ بهذا القول الذى رجع إليه مالك قالوا: له تعجيل الدين من تركة الحميل .

ووجه ذلك : أن الحميل مشغول الذمة بهذا الدين حقيقة ، وحكمه حكم المديان في تصدقه في ماله ، فإذا صح ذلك وجب حلول الدين بموته ، لأنه بموته وجب قسم ميراثه ، والدين مبدأ على الميراث .

فإذا حل دينه كان للطالب تعجيله ، ولأن في إيقافه ضررا على الورثة ، إذ قد يهلك فيكون منهم ضرراً على الغريم في منعه الانتفاع به من غير نفع الورثة في ذلك إذ لا يخلو أن يكون المحتمل به عند حلول أجل الدين مليا أو معدما .

فإن كان معدما ، فهذا المال الموقوف لا يرجع إليهم ، والغريم أحق به ، فلا فائدة لهم في إيقافه عليه .

وإن كان مليا ، فقبضهم هذا المال الموقوف كقبضهم مثله من المديان ، ولا ضرر

عليهم في تعجيله ، ولا فائدة لهم في إيقافه ، بل في إيقافه الضرر بالجميع ، فوجب تعجيله ، وبالله التوفيق .

قال ابن المواز : ولو مات الكفيل عند محل الأجل أو بعده ، فهاهنا يبدأ بالغريم، فإن كان عديمًا أو ملدًا أو غائبًا أخذ من مال الحميل .

قال : ولو مات الحميل قبل الأجل ، فحاص الطالب غرماء الحميل ، فنابه من مائة خمسون بعد حل الأجل على الغريم ، فليرجع الطالب وغرماء الحميل بالمائة كلها ، فيرجع منها إلى غرماء الحميل ما كان لهذا الغريم من مال الحميل ، وذلك خمسون فإن لم يوجد عند هذا الغريم إلا خمسون ، فليأخذ الطالب منها خمسة وعشرين ، وغرماء الحميل خمسة وعشرين ، ثم يحاصصهم الطالب بما بقى من مائة وذلك خمسة وعشرون ، وغرماء الحميل بما بقى لهم ، ثم يحاصصون بذلك في الخمسة وعشرين التى أخذ غرماء الحميل .

م : وهذا تفسير يحيى في مسألة الزرع الرهن .

وأما على تفسير قول ابن القاسم في « المدونة » ، فإن لم يوجد عند الغريم إلا خمسون ، أو كان له غرماء ، فضرب هذا بالمائة كلها عنه وعن الحميل ، فنابه في محاصته خمسون ، أخذها ورجع عليه غرماء الحميل فقالوا له : فإنما يجب لك أن تضرب معنا بخمسين فقط وأنت قد ضربت بمائة ، فينظر ما لو ضربت بخمسين معنا ما الذى يقع لك ؟ ، مثل أن يكون دين كل واحد مائة وهم ثلاثة نفر ، وفي يد الحميل مائة وخمسون ، فنابه في الحصاص الأول خمسون ، فيقول له الغرماء : إنما يجب لك أن تضرب معنا بخمسين في المائة وخمسين ، فنصيبك منها ثلاثون من الخمسين التى أخذت وترد عشرين ، ثم لا رجوع [ ] الحميل على غرماء الذى عليه الدين لما قدمنا إلا أن يعيد مالاً آخر .

م : وهو في الحساب يرجع إلى أمد واحد ، فاعلمه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن مات الغريم تعجل الطالب دينه من ماله ، فإن لم يدع مالا لم يتبع الكفيل حتى يحل الأجل .

قال ابن القاسم : وإن مات الغريم مليًا والطالب وارثه ، برئ الحميل ، لأنه إن غرم للطالب شيئا رجع عليه بمثله في تركة الميت ، والتركة في يده ، فصارت كمقاصة .

وإن مات الغريم معدمًا ، ضمن الكفيل .

وأما في الحوالة ، فذلك [ق / ٥/ ٥ ب] على المحال عليه بأصل دين ، مات الغريم الموروث مليًا أو معدمًا .

فيمن تكفل لرجلين بحق فغاب أحدهما أو أخذ الآخر حصته [ق / ٣ / ٥أ]

قال ابن القاسم : ومن تكفل لرجلين بحق لهما ،فغاب أحدهما وأخذ الحاضر من الكفيل حصة من الدين ، فللغائب إذا قدم أن يدخل معه فيما قبض إن كان الحق بكتاب واحد .

وكذلك قال مالك في رجلين لهما دين على رجل بصك واحد ، فاقتضى أحدهما نصيبه دون صاحبه ، فإن صاحبه يشاركه فيما اقتضى ، إلا أن يكون الآخر أعذر إلى صاحبه عند سلطان أو أشهد على ذلك دون السلطان فلم يخرج معه ولا وكل ، فحينئذ يكون له ما قبض خاصة .

قال بعض فقهاء القرويين : أما امتناعه بعد الرفع إلى السلطان من الخروج مع صاحبه، فلا يدخل مع صاحبه فيما اقتضى بصواب .

وأما [ ] عليه ، فيجب ألا ينتفع بذلك ، لأنه كالمقاسمة ، فلا يجب أن يكون إلا بحكم قاضي ، إلا أن يكون بموضع لا قاضي فيه ولا سلطان ، فتقوم الحمالة مقام القاضي ، ويصير ذلك مقاسمة .

م : ولعل ابن القاسم أراد ذلك .

قال ابن القاسم : ولو رفع ذلك إلى الإمام ، وشريكه غائب والغريم حاضر ملي بحقيهما ، فقضى للحاضر بأخذ حقه ، لم يدخل الغائب عليه فيه وإن أعدم الغريم.

ولو قام الحاضر على الغريم فلم يجد عنده إلا قدر نصيبه ، قضى له الإمام بما ينوبه في المحاصة أن لو كان صاحبه حاضراً معه .

فإن جهل الإمام فقضى له بجميع حقه ، كان للقادم أن يدخل معه ، لأنه كالتفليس .

وقال غيره : قال يحيى : ذهب ابن القاسم إلى أن يقضى للشريك الحاضر بما ينوبه .

وقال غيره : إذا لم يكن عنده إلا مقدار حق أحدهما ، فقضى للحاضر بحقه كله أو بما ينوبه من الحصاص ، فللقادم أن يدخل معه فيه ، لأنه كالتفليس ، وهذا الباقى بيد الغريم ، ولا يعجبنى .

قال أبو محمد : لعل ابن القاسم يعنى أنه يقضى بالقسم للحق للضرورة ، فيصير هذا أولى بحصته .

م : **قال بعض فقهاء القرويين** : أما إذا كان معه وفاء بحقيهما فاقتضى نصيبه ، فهذا بيِّن إلا أن لا يدخل عليه فيه ، لأن ذلك مقاسمة بأمر السلطان .

وأما إن لم يكن معه إلا قدر حق أحدهما ، فقسم السلطان ذلك بينهما ، فذلك كالتفليس ، فيجب أن يوقف القاضى حق الغائب ، فإن أوقفه فلا شك أن الغائب إذا تلف حقه لا يدخل على الحاضر، لأن ضمان الموقوف من الغائب ، فكأنه قد قبضه.

وإن أبقى القاضى ذلك بيد الغريم ، فيجب أن يكون القضاء فاسداً ، فيرجع على الحاضر فيما اقتضى ، ويكون القاضى تعدى في رده إلى الغريم ، فيجب أن يغرم للغائب .

فإن أراد العين ، أن القضاء لما وقع فاسداً وجب نقضه ، ورجع الغائب على الحاضر ، فصواب ، وإن أراد ابن القاسم أن السلطان قسم بينهما ولم يفلسه ، فلماذا جعله إذا قبض الجميع يدخل معه الغائب إذا قدم مع قوله : إن لمن أحاط الدين بماله أن يقضى بعض غرمائه دون بعض .

م : وحكى عن بعض القرويين أنه قال : إذا كان دين الشريكين مائة دينار ، فوجد بيد المطلوب ثمانين ، فقضى القاضى للحاضر بخمسين ، فإن للغائب إذا أتى

أن يرجع على صاحبه بنصف ما قبض ، ولا يرجع عليه بالزائد على الأربعين ، لأن القضاء وقع فاسدًا لما أعطاه خمسين ، وإنما كان يجب أن يعطيه أربعين ، فاعلم ذلك .

م : الصواب أن يرجع عليه بالزائد على ما كان يخصه ، وذلك عشرة ، لأن فيها وقع الغلط ، ولو لزم ما قال للزم من كان سأل رجلاً أربعين دينارًا فقضاه خمسين غلطا ، ثم فلس الدافع أن يرد القضاء لوقوعه فاسدًا أو يدخل عليه الغرماء فيه ، وهذا خطأ ، وإنما يرد الغلط لصاحبه ، ولا حجة له بغلط القاسم إذا ظهر أنه ينتقض القسم ، لأن ذلك إنما يكون في الرباع والعروض .

وأما لو اقتسما عينًا أو ما يكال أو يوزن وهو جنس واحد ، فغلط فيه ، وإنما يرد الغلط خاصة ممن جاء إليه ، ولا ينقض القسم ، فكذلك هذا .

فيمن تحمل بمجهول ، أو قال للمدعى : احلف وأنا ضامن ، أو احمل فلانًا وأنا ضامن

قال أبو محمد : ولما جازت هبة المجهول جازت الحمالة به ، لأنها معروف ، والقضاء أن كل من أدى عن رجل حقًا قبله كان له الرجوع به عليه .

قال ابن القاسم في «كتاب الشفعة» : ومن تكفل عن رجل ولم يذكر ما عليه ، جاز .

وإن غاب المطلوب قيل للطالب : أثبت حقك ببينة وخذه من الكفيل [ق / ٦/ ٥ب] فإن لم يقم ببينة وادعى أن له على المطلوب ألف درهم ، فله أن يحلف الكفيل على عمله .

فإن نكل حلف الطالب واستحق ، يريد : ثم لا رجوع للكفيل على المطلوب بما غرم من سبب نكوله ، إلا أن يقر له المطلوب ، وللكفيل أن يحلفه ، فإن نكل المطلوب غرم .

قال في «كتاب الحمالة» : ومن قال لرجل : ما ذاب لك قبل فلان الذى تخاصم فأنا لك به كفيل ، ومعنى : ما ذاب ، أى : ما صح .

فإن استحق قبله مالاً كان هذا الكفيل ضامنًا له ، وكل من تبرع بكفالة لزمته .

فإن مات هذا الكفيل قبل ثبات الحق ، ثم ثبت الحق بعد موته ، لزم ذلك في مال الكفيل .

وقد قال مالك فيمن قال لرجل : احلف لى أن الذى تدعى قبل أخى حق وأنا ضامن ، ثم رجع : إنه لا ينفعه رجوعه ولزمه ذلك إن حلف الطالب ، وإما كان ذلك في ماله فإن أقر المطلوب بما غرم الحميل غرم له ذلك وإن أنكره ، كان الحميل أن يحلفه فإن نكل غرم وليس له أن يحلف الحميل لا علم عنده ، ولا له أن يحلف الطالب ، لأنه قد حلف أولا ، فأشبهت يمينه أيمان المتهم التى بنكوله عنها يغرم .

وقد وقع في «كتاب محمد» في المريض يقول : لى عند فلان كذا ، ثم يموت : إن المطلوب يحلف وإن لم يكن بينهما خلطة إذ لا يتهم المريض في هذا الحال .

فإن نكل غرم إذا لم يكن عند ورثته علم ، وليس هذا كهبة ما لم يقبض حتى مات الواهب ، لأنها هبة من الذى عليه الدين عن أصل معاوضة للذى له الدين ، فلا يفتقر إلى القبض كحمل الصداق عن الزوج للزوجة ، فلا يبطله موت الحامل .

قال : وإن أشهد رجل على نفسه أنه ضامن بما قضى لفلان على فلان ، أو قال: أنا كفيل لفلان بماله على فلان ، وهما حاضران أو غائبان أو أحدهما ، لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان ، لأن ذلك معروف ، والمعروف من أوجبه على نفسه لزمه .

قال مالك رحمه الله : ومن قال لرجل : بايع فلانًا أو داينه ، فما بايعته به من شيء أو داينته به فأنا ضامن [ق/ ٤ / ٥أ] ، لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه .

وقال غيره : إنما يلزمه من ذلك ما كان يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه ويبايع به .

م : وليس ذلك بخلاف لابن القاسم .

قال ابن القاسم : ولو لم يداينه حتى أتى له الحميل ، فقال : لا تفعل فقد بدا لى ، فذلك له ، بخلاف قوله : احلف وأنا ضامن ، ثم رجع قبل اليمين ، قال : هذا لا ينفعه رجوعه ، لأنه حق قد وجب .

م : والفرق أن الذى قال : احلف لى أن الذى يدعى حقًا ، أن المدعى يقول : أنا قد ادعيت أن لى عليه كذا ، وقد حل هذا نفسه محل المدعى عليه ، فكما لو قال المدعى عليه : احلف لى وأنا أغرم لك ، لم يكن له رجوع ، فكذلك هذا ، والذى قال : عامله وأنا ضامن ، كقول المعامل نفسه : عاملنى وأنا أعطيك حميلاً ، فكما كان لهذا أن يرجع، لأنه لم يدخله في شيء ، فكذلك لا يلزم من قال له : عامله .

م : وقد قيل : إن ذلك كالوعد لا كالهبة ، فلذلك كان له أن يرجع عنه، إذ لا يقضى به إلا أن يدخله بوعده في شيء ، وأبى [ ] القضاء عليه بالعدة .

ولأصبغ فيما ذكر سببه : إنه يقضى عليه به ، بخلاف غيره .

قال عبد الوهاب : ويجوز الضمان عن الميت ، خلّف وفاءً أو لم يخلّف .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز إلا أن يخلّف وفاءً .

ودليلنا : حديث أبى قتادة في الذى مات وعليه دين ، فامتنع النبى ﷺ من الصلاة عليه ، فلما ضمنه أبو قتادة صلى النبى ﷺ عليه ، ولأن كل دين لو كان له وفاء لصح ضمانه فإنه يصح وإن لم يكن له وفاء ، أصله : الضمان عن الحى .

ومن «كتاب ابن المواز» و « العتبية » : قال مالك فيمن مات وعليه من الدين ما لا يدرى كم هو ، فتحمل بعض ورثته بجميع دينه نقدًا أو إلى أجل على أن يخلى بينه وبين بقية الورثة على فرائض الله ، وإن كان نقصًا فعليه وحده ، فذلك جائز ، لأن ذلك منه على وجه المعروف وطلب الحى للميت ولورثته .

وأما إن كان له الفضل بعد وفاء الدين وعليه النقصان ، فلا يجوز ، لأنه غرر وغير وجه من الفساد ، وصار كالبيع يحله ما يحله .

قال : ولو كان وارثا واحدا كان جائزا .

قال : ولو طرأ غريم لم يعلم به الابن ، فعليه أن يغرم له ، ولا ينفعه قوله : لم أعلم به ، وإنما عملتها .

وقال مالك فيمن مات وعليه ثلاثة آلاف دينار ، ولم يترك غير الألف دينار وولدًا

لا يرثه غيره ، فسأل غير ما أبيه أن يدعوا له الألف بيده وينظرونه سنين ، ويضمن لهم بقية دينهم ، فرضوا فذلك جائز .

قال ابن القاسم : وبلغني عن ابن هرمز مثله .

قال مالك : وإن كان معه ورثة غيره وأدخلهم في فضل إن كان ، فذلك جائز .

وإن طرأ غريم لم يعلم به ، لزمه أن يغرم له .

في حمالة الجماعة ، وغرمهم ، وتراجعهم

ابن وهب : قال مالك : إن من أمر الناس الجائز عندهم أن يكتب الرجل حقه على الرجلين ، ويشترط أن حيكما عن ميتكما ، ومليّكما عن معدمكما ، وكفالك كحمالة [ق / ٧ / ٥ ب] أحدهما عن الآخر.

قال ابن القاسم : وإذا تكفل رجلان بمال ، فكل واحد ضامن عن صاحبه ، فغاب أحدهما أو غاب الغريم ، وغرم الحاضر الجميع ، ثم قدم الغائب وهما مليان ، فللكفيل إتباع الغريم بالجميع ، وإن شاء أتبعه بالنصف ثم أتبع الكفيل الآخر بما أدى عنه ، لأنه كدين لدد قبله لا كغريم حضر مع كفيل .

قال مالك رحمه الله : وإذا تكفل ثلاثة رجال لرجل بمال له على رجل حمالة مبهمة ، وأعدم الغريم ، لم يكن للطالب على من بقى من الحملاء إلا ثلث الحق ، إلا أن يشترط في أصل الكفالة أن بعضهم حميل عن بعض ، فحينئذ إن غاب أحدهم أو أعدم أخذ من وجد منهم مليًا بجميع الحق ، وإن لقيهم أملياء لم يأخذ من كل واحد إلا ثلث الحق ، إذ لا يتبع الكفيل في حضور المكفول به وملائه .

ولو شرط : « أيكم شئت أخذت بحقى » ، ولم يقل : « بعضكم كفيل ببعض» فليأخذ أحدهم بجميع الحق وإن كانوا حضورًا أملياء ، ثم لا رجوع للغارم على أصحابه ، إذ لم يؤد بالحمالة عنهم ولكن على الغريم .

ابن حبيب : وقاله جميع أصحاب مالك .

ولو قال : بعضهم كفيل ببعض ، قال مع ذلك : أيكم شئت أخذت بحقى ، أو

لم يقل ، فإنه إن أخذ من أحدهم في هذا جميع المال ، رجع الغارم على صاحبيه إذا لقيهما بالثلثين ، وإن لقى أحدهما رجع عليه بالنصف .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون فيمن باع شيئًا من رجلين وشرط أن يأخذ أيهما شاء بجميع الثمن ، أو تحمل له رجلان بدين ، فشرط عليهما ذلك ، فشرطه باطل ، وليس له إتباع أحدهما بأكثر من نصيبه إلا في عسر صاحبه أو غيبته كالحمالة المبهمة، وقاله ابن كنانة وأشهب .

وقال ابن القاسم : الشرط لازم في ذلك كله ، ويتبع أيهما شاء وإن كان الآخر مليًا حاضرًا ، بخلاف الحمالة المبهمة .

م : والناس عند شروطهم ، وقد اختلف قول مالك في الحميل المبهم أنه يغرم الجميع فكيف بالشرط ؟ وبه قال أصبغ وابن حبيب .

شرح مسألة الست حملاء، وبيان حسابها

سحنون : وقال غير ابن القاسم : فإذا كان لرجل ستمائة درهم على ستة رجال، على أن بعضهم حميل عن بعض بجميع المال ، أو على أن كل واحد منهم حميل بجميع المال، قال : عن أصحابه ، أو لم يقل ، أو قال : على أن كل واحد منهم حميل عن واحد أو اثنين أو ثلاثة أو أكثر أو عن جميعهم ، إلا أنه قال : بجميع المال، قال في ذلك : فلا براءة له إلا بأدائها ، أو لم يقل ، فإن قال مع ذلك : أيكم شئت أخذت بحقى ، فله أخذ أحدهم بالجميع ، كان الباقون حضوراً أملياء أم لا .

وإن لم يذكر : أيكم شئت أخذت بحقى ، فإن ألقى الجميع مياسير ، أخذ كل واحد بمائة ، ولم يكن له أن يأخذ بعضهم ببعض ، لأن الحميل لا يؤخذ بالحق عند حضور الغريم وملائه ، وإنما يؤخذ إذا كان الغريم عديمًا أو غائبًا أو ملدًا أو ظالمًا .

فأما إن لقي أحدهم فأخذه بستمائة ، ثم لقى هذا الغارم الستمائة أحد أصحابه ، أخذه بمائة أداها عنه ، وبنصف الأربعمائة التى أداها عن الباقين ، لأنه حميل معه بهم ، فذلك ثلاثمائة ، ثم إن لقى أحدهما أحد الأربعة الباقين أخذه بخمسين عن نفسه وبخمس وسبعين بالحمالة ، وكذلك إذا لقى الرابع المأخوذ منه المال الثالث من الباقين ، فإن له أن يأخذه بما أدى عنه من أصل الدين ، وبنصف ما أدى عن أصحابه.

م : يريد أن الغارم لخمسة وعشرين ومائة ، وهو ثالث الأولين ورابع الباقين لقى أحد الثلاثة الذين لم يغرموا شيئا فقال له : أديت خمسة وسبعين بالحمالة أنت أحدهم [ق/ ٥/ ٥أ] فعليك منها في خاصتك خمسة وعشرون ، والخمسون الباقية أنت معى بها حميل ، فعليك نصفها، فليأخذ منه خمسين ، ثم قال : فإن لقى الرابع المأخوذ منه الأخذ من الأولين الذى لم يرجع على الرابع .

يريد : إن الغارم للستمائة الراجع بثلاثمائة الراجع بثلاثمائة لم يلق أحدًا بعد ذلك حتى لقى رابعًا ، الرابع من الباقين وهو ثالث من الغارمين ، لقيه قبل أن يرجع هو أيضًا على أحد بشيء مما أدى .

قال : فإن هذا الأول يقول له : بقى لى مما أديت بالحمالة مائتان عن أربعة أنت أحدهم ، فعليك خمسون في خاصتك ، فيأخذها منه ، ثم يقول له : بقيت لى خمسون ومائة أديتها عن أصحابك ، فأنت معى بهم حميل ، فيقول له هذا الرابع : قد أديت أنا عنهم بالحمالة خمسة وسبعين أيضًا لغيرك ساويتك في مثلها ، بقيت لك خمسة وسبعون ، لك على نصفها ، فيدفع إليه سبعة وثلاثين ونصف ، وكذلك تراجعهم إذا لقي بعضهم بعضًا حتى يؤدى كل واحد منهم ، لأن كل واحد منهم كان عليه من أصل الدين مائة .

وأما إن تحمل بعضهم عن بعض على أن كل اثنين حميلان أو ضامنان بجميع المال ، قالا في ذلك : عن أصحابهم أو عن اثنين أو عن واحد ، أو على أن كل واحد حميل بنصف جميع المال ، فذلك كله سواء .

فإن لقى رب المال اثنين منهم أخذ كل واحد منهم بثلاثمائة، وإن لم يلق إلا واحدًا أخذه بثلاثمائة [ق / ٨/ ٥ب] وخمسين ، مائة منها عليه من أصل الدين ، ومائتين وخمسين بالحمالة لأنه بنصف ما بقى كفيل ، ثم إن لقى هذا الغارم أحد الباقين أخذه بخمسين عن نفسه ، وبنصف المائتين التى أداها بالحمالة .

فإن لقي هذا الغارم الثانى أحدًا ممن لم يغرم قال له : أديت مائة بالحمالة عن أربعة أنت أحدهم ، فهلم خمسة وعشرين عن نفسك ونصف ما بقى بالحمالة ، فهكذا تراجعهم حتى يستووا في الغرم .

قال : وأما إن تحمل بعضهم عن بعض على أن كل ثلاثة حملاء بجميع المال ، وعلى أن كل ثلاثة حملاء عن ثلاثة أو عن اثنين أو عن واحد بجميع المال ، أو على أن كل واحد حميل بثلث المال ، فذلك سواء .

فإن لقى ثلاثة أخذهم بالجميع ، وإن لقى واحدًا أخذه بمائة عن نفسه وبثلث ما بقى ، وذلك مائة وستة وستون وثلثان .

وإذا لقى ثلاثة أخذ منهم جميع المال ، ثم لقى أحد الذين لم يغرموا ، فإنه يقول له : أديت مائة بالحمالة عن ثلاثة أنت أحدهم ، فهلم ثلثها عن خاصتك ونصف باقيها بالحمالة عن الباقين ، ثم إن لقى الآخذ لذلك أحد الثلاثة الغارمين معه ، رجع

عليه بنصف ما فضل له حتى يكونا في الغرم سواء .

فإن اقتسما ذلك ثم لقى الثانى الذى غرم معهما ، إذ لا دخل عليهما فيما بأيديهما من قبل الثالث المرجوع عليه حتى يصير ما أخذ من الثالث بينهم أثلاثا ، ثم إن لقى أحدهم أحدًا ممن لم يغرم فأخذ منه ما يجب له ، فلا بد أن يشاركه فيه من بقى من الاثنين الغارمين معه أولاً حتى يكون ما أخذ كل واحد بينهم بالسوية ، لأنهم حملاء عن أصحابهم ، فهكذا تراجعهم .

م : هذا جميع ما في « المدونة » من هذه المسألة ، وبقيت وجوه لم يذكرها ، وهى إذا قال : إن كل واحد حميل بنصف جميع المال ، أو على أن كل اثنين حميلان بجميع المال ، فلقى أحدهم فأخذه بثلاثمائة وخمسين ، ثم إن لقى بعد ذلك ثانيا ، فهذا الوجه لم يذكره .

والجواب: فيه أن يقول له : عليك في خاصتك مائة قد أدى منها صاحبك عنك خمسين ، فبقى لى عليك خمسون ، فادفعها إلىَّ ، وكان لى على الأربعة الباقين أربعمائة دفع إلىَّ منها صاحبك مائتين ، لأنه حميل بنصف ما عليهم وأنت حميل بنصف ما عليهم، وذلك مائتان فيأخذهما منه بجميع ما يأخذ منه مائتين وخمسين ، وهو الذى بقى له ، وإن شاء قال له : أخذت من صاحبك ثلاثمائة وخمسين ، وذلك ما يلزمه إذا لقيه وحده ، فادفع لى أنت ما بقى وهو مائتان وخمسون ، لأنكما جميعًا حميلان بجميع المال ، ثم إن لقيه الأول يقول له : لى عليك بالحمالة خمسون، فيأخذها منه ، ويقول له : أديت عن أصحابك مائتين بالحمالة ، فهلم نصفها ، فيقول له هذا : قد أديت أنا أيضًا عنهم مائتين بالحمالة ، فقد استوينا .

فإن قال : على أن كل واحد حميل بثلث جميع المال ، أو على أن كل ثلاثة حملاء بجميع المال ، فلقى أحدهم فأخذ منه مائتين وستة وستين وثلثين ، ثم إن لقى صاحب الدين ثانيا منهم فإنه يقول له : عليك في خاصتك مائة قد أدى صاحبك عنك منها ثلاثة وثلاثين وثلثا ، فبقى عليك منها ستة وستون وثلثان ، فيأخذها منه ، ثم يقول له : والأربعة الباقون أنت حميل بثلث ما عليهم ، وذلك مائة وثلاثون

وثلث ، فيأخذها منه ، فيكون جميع ما يأخذ من الثانى مائتين .

وإن شاء قال له : قد أخذت من صاحبك مائتين وستة وستين وثلثين ، فادفع إلىَّ ما بقى لى من ذلك ، وذلك مائتان ، فيأخذها منه ، ثم إن لقى الثالث بعد ذلك فإنه يقول والثانى ستة وستين وثلثين وبقى عليك ثلاثة وثلاثين وثلث ، فيأخذها منه ثم يقول له : بقى لى ثلاثة ، وأنت حميل بثلث جميع ما عليهم وذلك مائة ، فيأخذها منه وهى جميع ما بقى له من الستمائة ، وهكذا أبدًا يأخذ من الآخر جميع ما بقى له منه لأنه يقول له : لو لقيتكم كلكم لأخذت منكم جميع المال وأصحابك قد أدوا ما يلزمهم ، فأدى أنت ما بقى ، وجميع هذا حفظته عن شيوخنا ، واتفق عليه حذاق أصحابنا .

م : وإذا قال : على أن كل واحد حميل بجميع المال ، فلقى أحدهم فأخذ منه الستمائة ثم لقى الغارم أحد أصحابه فأخذ منه ثلاثمائة ، فإن لقيا ثالثًا قالا له : أدينا بالحمالة أربعمائة عن أربعة أنت أحدهم ، فهلم ربعها وثلث ما بقى بالحمالة ، لأنك معنا بهم حميل ، فيأخذان منه أربعين فيقتسمانها نصفين ، فيصير كل واحد منهم قد وفَّى بالحمالة عشرين عشرين ثم إن لقوا رابعًا قالوا له : أدينا بالحمالة ستين عن ثلاثة أنت أحدهم ، فهلم ثلثها وربع باقيها بالحمالة لشركتنا فيها ، فيأخذون منه ثلاثين فيقتسمها الثلاثة عشرة عشرة ويستووا في الغرم ، ثم إن لقوا الخامس قالوا له : أدينا بالحمالة أربعين عن اثنين أنت أحدهم ، فهلم نصفها وخمس باقيها بالحمالة ، فيأخذون منه أربعة وعشرين ، فيقتسمها الأربعة ستة ستة ، فيصير كل واحد منهم غرم بالحمالة أربعة أربعة .

فإن لقوا السادس أغرموه عشرين فيقتسمونها [ق / ٩ / ٥ ب] أربعة أربعة ، ويصير كل واحد من الخمسة غرم للأول عشرين ، وهو ما أدى عنهم .

ولو أن رب الدين لم يأخذ من الأول إلا مائة ، لم يرجع هذا على أحد من أصحابه بشىء .

ولو أخذ منه مائة درهم ودرهم لرجع عليهم بالدرهم خاصة على نحو ما وصفنا، وإنما يرجع هذا الغارم على أصحابه في شرط صاحب الحق حمالة بعضهم

لبعض [ق / ٦ / ٥أ] .

وإذا قال مع ذلك : وأيكم شئت أخذت بحقى ، فله أخذ أحدهم بجميع الحق، ثم ليس للغارم منهم أن يرجع على كل من أصحابه إذا كانوا حضورا أملياء إلا بسدس جميع الحق وهو ما عليه من أصل الدين ، وهو في ذلك بخلاف رب الدين لا بخلاف المشترط الدين فأيكم شئت أخذت بحقى ، وسواء كانت حمالة بعضهم عن بعض وهم شركاء السلعة ، أو حمالة عن غيرهم .

وإذا كان إنما تحملوا عن غيرهم ، وشرط رب الدين : أيكم شئت أخذت بحقى، ولم يشترط حمالة بعضهم ببعض فإنه إذا أخذ أحدهم بجميع الحق لم يكن لهذا الغارم أن يرجع على أحد من أصحابه بشيء إذ لم يؤخذ بالحمالة عنه ، ولكن عن الغريم .

وقد تقدم هذا كله في «كتاب ابن المواز» ، واعتمد عليه لأنه أصل مذهبهم في هذه المسألة ، وقد ذكرت حساب هذه المسألة في آخر هذا الكتاب ، فمن أحب أن يقف عليه نظر فيه ، وبالله التوفيق .

فيمن أخذ حميلا بعد حميل ، أو حميلا من حميل ، وكيف إن أحضر الغريم أحدهم ؟

قال ابن القاسم : ومن أخذ من غريمه كفيلاً بعد كفيل ، فله في عدم الغريم أن يأخذ بجميع حقه أيُّ الكفيلين شاء ، بخلاف كفيلين في صفقة لا يشترط حمالة بعضهم ببعض، وليس أخذ الحميل الثانى إبراءً للحميل الأول ، ولكن كل واحد منهم حميل بالجميع .

قال : ومن أخذ من الكفيل كفيلاً ، ولزمه ما لزم الكفيل قال غيره : وكذلك لو تحمل رجل بنفس رجل ، وتحمل آخر بنفس الحميل ، فذلك جائز .

وكذلك لو تحملت ثلاثة رجال بنفس رجل وكل واحد منهم حميل بصاحبه جاز، ومن جاء به منهم برئ هو والباقيان ، لأنه كوكيلهما في إحضاره .

فإن لم يكن بعضهم حميلا ببعض ، فإن جاء به أحدهم برئ هو وحده ولم يبرأ صاحباه .

ومن « العتبية » : روى حسين بن عاصم عن ابن القاسم : إذا تحمل ثلاثة بمال على أن يأخذ الطالب حيهم بميتهم ، ومليهم بمعدمهم ، وأيهم شاء أخذه بحقه ، ثم إن أخذ من أحدهم حميلاً بما عليه ، ولم يشترط ذلك على الحميل ، فقام على هذا الحميل في عدم الذى عنه تحمل ، وأراد أن يغرمه جميع المال ، فقال الحميل : أنا أغرم ثلثه الذى على صاحبى في نفسه . قال : يلزمه جميع الحق ، لأنه قد لزمه ما لزم من تحمل عنه .

يريد : وقد علم الحميل بما على الحملاء من الشروط .

وقال عنه عيسى : ولو تحمل هذا الحميل عنهم بجميع الحق فأداه ، فله أن يأخذ بالحق كله أحدهم ، كما كان للطالب ، وكما لو تحمل هذا بما على أحدهم ، كان للغريم أن يتبعه بالحق كله ، كما له أن يتبع أحد الغرماء .

م : وإذا أخذت من الحميل حميلاً ، فكان الأول حميلا بالوجه والثانى حميلا بالمال ، فمات الذى عليه الدين فقد سقطت الحمالة عن الذى تحمل بالوجه وعن الذى تحمل بالمال، سقطت عن الذى تحمل بالوجه بموت الذى تحمل بوجهه ، فإذا سقط الإتباع عن حميل الوجه سقطت الحمالة عن حميله .

ولو لم يمت الغريم فغاب حميل الوجه ، فجاء الحميل عنه بالغريم معدمًا أو موسرًا أبرئ لأن من تحمل عنه يبرأ بذلك فإذا برئ الذى تحمل عنه برئ حميله .

وإن مات حميل الوجه لم تسقط الحمالة عند ابن القاسم بموته ، وسقطت عند عبد المالك ، وكأنه رأى إنما تكلف المجيء به إذا كان حيًا ، فإذا مات فقد فات الإتيان به .

وعلى قول ابن القاسم يقال لورثته : ائتوا بالذى عليه الدين فتبرؤوا من الحمالة، ولعله يريد : إذا حلّ أجل الدين ، وأما إتيانهم قبل الأجل فلا فائدة فيه .

وكذلك حميله يقال له ما قيل لورثة الحميل .

وإن مات حميل الحميل الذي تحمل بالمال ، فالحمالة عليه ثابتة .

ولم يذكر هاهنا أنه يؤخذ من تركته المال ، فقضى الذى له الدين دينه أو يوقف

قدر ذلك ، لأن الحـميل بالمال ـ وهو الميت ـ إنما تحـمل بالحمـيل بالوجه ، والحـميل بالوجه فلم يجب عليه غرم ولا طلب بوجه إن لم يحل الأجل .

م : والذى أرى في هذا أنه يلزمه الغرم على مذهب ابن القاسم في الحميل بالمال يموت قبل محل الأجل ، فقد قال ابن القاسم : يلزمه الغرم .

ولم يتوجه أيضًا على الغريم غرم ولا حل الأجل ، وكذلك حميل الحميل .

وعلى قول عبد الملك في موت الحـميل بالمال : يؤخذ المال فيوقف ، لأنه يرجع ولم يتوجه عليه شيء ، فكذلك يكون الحكم عنده في حميل المذكور .

في تأخير الطالب
للحميل أو للغريم

قال ابن القاسم : وإذا وجد الطالب الحميل بعد مـحل أجل الحق ، فذلك تأخير الغـريم، إلا أنه يحلف بالله [ق / ١٠/ ٥ ب] ما كـان ذلك منى تأخـيرًا للغـريم ، فيكون له طلبه ، لأنه لو وضع الحمالة لكان له طلب الغريم إن قال : وضعت الحمالة دون الحق . فإن نكل لزمه تأخيره .

ولو وجد الغـريم كان ذلك تأخيـرًا للكفيل ، ثم للكفيل ألا يرضى بذلك خـوفًا من إعدام الغريم ، فـإن لم يفعل خيّر الطالب ، فـإما أبرأ الحميل ويصح التـأخير ، وإلا لم يكن له ذلك إلا برضى الحميل .

قال ابن المواز : قيل لأشهب : فإن أبى الحميل ؟

قال : ذلك له ، ويقال لصـاحب الحق : إن أسقطت الحمالة صح تأخـير الغريم وإلا حلفت أنك لم ترد إسقاطها وتطلب دينك من الغريم حالاً .

قال ابن القاسم : فإن سكت الحميل فقد علم بذلك ، ولزمته الحمالة .

وإن لم يعلم حتى حل التـأخير حلف الطالب ما أخـره ليبرئ الحمـيل ، وتثبت الحمالة .

قال ابن المواز عن أشهب : فإن نكل سقطت الحمالة .

قال أبو محمد : وقاله يحيى بن عمر .

وقال غير ابن القاسم في « المدونة » : وإذا كان الغريم مليًا فأخره تأخيرًا بينًا سقطت الحمالة ، وإن أخذه ولا شيء عنده ، فلا حجة للكفيل ، وله طلب الكفيل أو تركه .

م : وقول الغير : إذا كان الغريم مليًا فأخره تأخيرًا بينًا سقطت الحمالة ، هو خلاف لابن القاسم .

وقوله : وإن أخره ولا شيء عنده فلا حجة للكفيل وله طلب الكفيل أو تركه ؛ لا يخالفه فيه ابن القاسم . والله أعلم .

ابن المواز : قال أشهب عن مالك فيمن باع سلعة وأخذ حميلاً وكتب عليهما : أيهما شاء أخذ بحقه ، فمات الغريم ، فبيعت جميع تركته ، فاستوفي ثلثى حقه ، ثم سأله الورثة أن يحلل الميت فيما بقى ، ففعل ، فقال له الحميل : لا شيء لك عليَّ ، لأنك قد حللت الذي تحملت لك به .

قال مالك : يحلف بالله : ما وضعت إلا للميت ، ثم هو على حقه .

قال ابن المواز : فيها شيء .

وقال في موضع آخر : فيها نظر .

وقال مالك فيمن كان له على رجل واحد حقان ، حق بحمالة وحق بغير حمالة، فمات فبيعت تركته فلم تفِ بما عليه [ق/ ٧/ ٥أ] فسأله ورثته أن يحلل الميت من بقية حقه ، ففعل ثم طلب الحميل .

قال : أرى أن يكون الذى وصل إليه من مال الميت بين الحقين بالحصص، ويحلف بالله : ما وضعت إلا للميت ثم يكون على الحميل حصته من ذلك الدين.

م : إنما يتوجه على الحميل الغرم متى كان الحق ثابتًا على الغريم ، فإذا سقط عنه أو بعضه سقط ذلك على الحميل ، كما لو أدى الغريم الحق كله أو بعضه ، لسقط ذلك عن الحميل .

فكذلك إذا أسقط عنه رب الدين ، وما معنى هذا الإسقاط إذا كان يطلب به

الحميل؟! وهو إذا غرم ذلك الحميل ، رجع الحميل بذلك على الغريم أو على ورثته إن كان مليًا ؟! فما فائدة إسقاط ذلك عن الغريم وتحليله منه إذا كان يطلب به الحميل متى أعدم ؟!

وفي «كتاب محمد» : إذا غاب الغريم ، فغرم الحميل لصاحب الحق ، ثم قدم الغريم فذكر أنه دفع لصاحب الحق ، وأقام البينة على ذلك قال : ينظر ، فإن كان الحميل دفع الحق قبل الغريم وبعد أن حل الأجل ، فله الرجعة على الغريم ، لأن دفعه كان بحق ، ويرجع الغريم بما كان دفع على صاحب الحق ، فإن كان الغريم هو الدافع قبل الحميل ، فلا تباعة للحميل عليه ، ويرجع الحميل على صاحب الحق بما كان دفع إليه وإن جهل أمرهما لم يتبع الحميل إلا لمن دفع إليه ، إلا أن تكون له بينة أنه الدافع الأول ، أو بقضاء من السلطان ، بعد أن يحلف الغريم أنه كان الدافع قبل، فإن نكل حلف الحميل ، وأغرم الحميل الغريم ، فإن نكلا جميعًا لم يكن للحميل على الغريم شيء .

في الحميل يدفع غير ما تحمل به ، وفي اشترائه للدين ، أو يبرئه الطالب من بعضه

قال ابن القاسم : ومن تكفل بمائة دينار هاشمية ، فأداها عنه دمشقية ، وهى دونها برضى الطالب ، رجع بمثل ما أدى .

م : قال : ولو دفع فيها عرضًا أو طعامًا ، فالغريم مخير في دفع مثل الطعام أو قيمة العرض ، أو ما لزمه من أصل الدين .

وقال في «كتاب السلم» : إن صالحك الكفيل بطعام أو بما يقضى بمثله ، لم يجز، لأن الغريم عليه بالخيار ، إن شاء أعطاه مثله أو الدين ، ويجوز بما يرجع إلى القيمة، فيرجع بالأقل من ذلك أو الدين .

م : **قال بعض الفقهاء** : لم يذكر اختلافًا إذا دفع في الصنف الذى على المديان أدنى منه أو أجود ، إن ذلك جائز ، إذ لا يشك أحد أن أحدًا لا يختار إلا دفع الأخف عليه .

م : فكأن الدافع دفع على أن ذلك الذى دفع يرجع إليه ، فكان ذلك بخلاف أن يدفع عرضًا أو طعامًا أو دراهم عن دنانير ، لاختلاف الأغـراض فيه ، فيصير الحميل أخرج شيئا لا يدرى ما يرجع إليه ، فصار ذلك غررًا بهم ، يجزه تارة لهذا ، وأجازه أخرى لأن الدافع كأنه دخل على أن لا يرجع إليه إلا الأقل مما دفع أو ما على المدفوع عنه ، إذ هو الغالب من أمر الناس . والله أعلم .

قال في « المدونة » : ولو دفع ذهبًا عن ورق ، لا يجـز ذلك ، ورجع الكفيل بما أدى، فكان للطالب أصل ديـنه ، والحمـيل به حـميل ، وهو بـخلاف المأمـور يدفع خلاف ما أمر به من العين ، وذلك مذكور في «كتاب المديان» .

وقد قال ابن القاسم وغيره : إن المأمـور والكفيل إذا دفع ذهبًا عن ورق أو طعامًا أو عرضًـا [ق /١١/ ٥ ب] أن الغريم أو الآمر مخـير ، إن شاء دفع ما عليـه أو ما دفع هذا عنه ، لأنه تعدى فيما دفع ، وهذا أصل التنازع فيه كثير .

ومن «كتاب ابن المواز» : ومن تحمل بدنانير ، فدفع فيها إلى الطالب دراهم لغيبة الغريم أو عدمـه ، فأما قبل الأجل فـلا يحل ، وأما بعد الأجل فجـائز ، ثم يخرج الغريم ما عليه من الدنانيـر فيشترى بها دراهم فإن نقصت لم يكن للحـميل غيرها . وإن كانت أكثر لم يكن له الفضل ، وهذا كما بعد الأجل .

وكان ابن القاسم يقول : الغريم مخير ، إن شاء دفع دراهم ، وإن شاء دنانير .

ثم رجع فقال : هذا حرام بين الحميل والغريم .

وقال أشهب : وهو أحب إلينا .

فصل

قال ابن القاسم : ومن تكفل عن رجل بألف درهم ، ثم أخذ الكفيل من الغريم سلعة على أن يدفع عنه الألف ، ثم أغرمها الطالب للغريم ، فللغريم الرجوع بالألف على الكفيل ، لأنه باعه السلعة بها .

ومن تكفل لك بمائة حالة وأبرأتـه من خمسين على أن يدفع لك خمـسين ، فلا يرجع هو إلا بما أدى ولك إتباع الغريم بالخمسين الأخرى ، لأن تلك البراءة براءة من

الحمالة فقط .

وإن تكفل رجلان بألف ، فأخذ أحـدهما من الآخر مائة على أن يدفع عنه وعن نفسه جميع الألف ، فإن حلّ الأجل والطالب حاضر يقبض مكانه ، جاز .

فإن [ ] بالسلف نـفعًا للتـأجيل بالدين أو لغيـبة الطالب أو لغـير ذلك ، لم يجز.

قال غـيره : فإن أخذ المائة على أمـر جائز ، ثم صالح الطالب على خـمسين ، جاز ورد إلى صاحبه خمسة وسبعين ، ثم رجعا على الغريم بخمسين بينهما نصفين .

وإن صالحـه على خمسين ومـائة جاز ، ورد على صـاحبه خـمسة وعـشرين ، ورجعا على الغريم بخمسين ومائة بينهما نصفين .

وإن صالحه على خمسمائة جـاز ، ورجعا على الغريم بما أديا عنه ، مخرج المائة بالمائة، والآخر بأربعمـائة فإن لقياه عديمًا لم يكن لـلذى أدى عنه الأربعمائة أن يرجع على صاحبه بشيء ويتبعا جميعًا الغريم .

في صلح الكفيل
أو الغريم ، وغرم الكفيل ورجوعه

قال في باب بعد هذا : ومن تكفل بطعام من سلم أو قرض ، فلا يجوز لك أن تصالح الـكفيل أو الغريم قـبل الأجل على بعض الطعـام ويترك باقـيه ، لأنه « ضع وتعجل».

وأمـا إن كـان ذلـك بعد الأجـل جـاز ذلـك منهما جميـعًا ، ثـم يرجع الكفيل بما أدى ، ولا يجـوز لـك ذلك قبـل الأجل إذا كـان الطعـام من سلـم أن يصـالح الكفيل أو الغريم على حصة مـثل كيـل من طـعامك ، إلا أنها أجـود مـنها أو أردأ ، ويدخله في الأجـود «حط عنى الضمان وأزيدك » ، وفي الأردأ « ضـع وتعجل » ، ولا يجوز أن تـصـالح الكفـيل بعد مـحل الأجل على مثل الكـيل أو الجنس ، أجود صفة أو أردأ أو أقل كيلاً وأجود صـفـة ، ويجوز أن يأخذ من الغريم بعد الأجل مثل الكيل ، أجود صـفة أو أردأ، لأن ذلـك بـدل وتبـرأ ذمتـه وفي الكـفيل يدخـله بيع

الطعام قبل قبضه ، لأن المطلوب مخير عليه ، إن شاء أعطاه مثل ما أدى أو ما كان عليه .

وأما في القرض فجائز أن يأخذ من الكفيل بعد الأجل مثل المكيلة ، أجود صفة أو أردأ .

م : منع أن يصالح الكفيل بعد حلول الأجل على محمولة أدنى من المحمولة التى له أو أجود منها .

قال بعض الفقهاء : والقياس أن ذلك جائز ، كدنانير يعطيها هاشمية عن دمشقية، أو دمشقية عن هاشمية ، إذ لا شك أنه لا يرجع إلا بالأقل ، ولا اختلاف في هذا ، وهو إنما يعطى ذلك عن [ق/ ٨/ ٥أ] الذى عليه الدين ، فإن كان يدخل ذلك طعام جيد بدنىء، ليس يدًا بيد ، قيل : هذه العلة موجودة في الدمشقية عن الهاشمية ، وهو قد أجاز ذلك في الدنانير .

وأما بيع الطعام قبل أن يستوفي ، فإنما يدخل فيما كان صنفًا آخر ، وهذا إنما هو كالقضاء .

م : وإذا كان الغالب من أمر المطلوب إنما يدفع الأدنى ، فلم يكن كالحميل أسلف المطلوب طعاما على أن يأخذ مثله أدنى منه ، فيجوز .

وفي « كتاب محمد » : ومن تحمل بعبد أو حيوان أو عرض .

قال في « العتبية » : أو طعام فأداه الحميل من عنده ، رجع في ذلك كله بمثله ، لأنه سلف ، قاله ابن القاسم وأشهب وغيرهم من أصحاب مالك .

قال ابن القاسم : وإن كلفه الحميل شراءه بثمن ، فله الرجوع بمثل الثمن .

وقال ابن حبيب : قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن تحمل بعبد أو عرض أو حيوان أو غيره مما لا يكال ولا يوزن ، فأداه من عنده ، رجع بقيمته .

م : والصواب بمثله دراهم .

في «كتاب محمد» ، لأنه سلف من الكفيل للغريم .

قال ابن حبيب : وإن اشتراه ليقضيه ، رجع بالثمن ، كان أقل من قيمة ما تحمل

به أو أكثر .

أما ما يكال أو يوزن فيرجع فيما أدى من عنده بالمثل ، وفيما اشتراه بالثمن .

م : وحكى عن بعض القرويين أنه قال : [ق /١٢/ ٥ب] إنما وجب للكفيل أن يرجع بالثمن فيما كلف شراءه، لأن الغريم قد علم أن الكفيل إذا طولب بما تحمل به، فلم يكن عنده أنه تكلف شراءه ، فكأنه دخل معه على أن يغرم له ما غرم من ذلك.

قال : ولو تحمل عنه بغير إذنه لوجب أن يطالبه بالأقل من الثمن الذي اشتراه به أو من نفس ما عليه .

م : لأن من حجته أن يقول : أنا ممن يجب لى التأخير في عسرتى ، فلا أدفع إلا ما عليّ ، وقد يشتريه اليوم بأضعاف ثمنه ويكون يوم يسرتى يساوى عُشر الثمن الذي اشتراه به ، فلذلك كان له أن يعطيه ما عليه .

وإن أعطاه الثمن الذي اشتراه به لم يظلمه ، ولهذا كان له أن يعطيه الأقل مما اشتراه به أو ما عليه .

وأما إذا أدى من عنده فهذا له أنه يرجع بمثله .

يريد : في العروض وغيرها ، بخلاف ما ذكر .

فصل

ومن «كتاب ابن المواز» : ومن تكفل بثمن طعام فأداه ، فله أن يأخذ من الغريم فيه طعامًا إذا رضى ، كان من صنفه أو من غير صنفه أو أكثر من كيله .

قال ابن القاسم : وكذلك لو تطوع رجل بقضاء الثمن عنه ، جاز أن يأخذ منه ما يأخذ الكفيل ، وهو بخلاف البائع ، وبخلاف من أحاله البائع بالثمن ، لأن المحال بمنزلة المحيل ، وكذلك عنه في « العتبية » .

ابن المواز : ومن تكفل بطعام من دين ، فدفع إليه الغريم دنانير يشترى بها طعامًا ويقضيه عنه ، فقضى عنه طعامًا من عنده وأخذ الثمن ، فإن لم يعلمه فبلغه فرضى، فذلك جائز ، لأنه سلف رضى له فيه بثمن .

ولو كان ذلك بأمر الغريم ، لم يجز ، لأنه بيع يجب أن يقبضه الغريم من

المحيل قبل أن يقبضه عنه ، فيدخله بيع الطعام قبل قبضه .

قال أبو زيد : عن ابن القاسم في « العتبية » : ولا يحل للذى له القمح أن يقبضه من الضامن حتى يؤدي له الذى عليه الحق ويقبضه هو منه ، وأحب إليَّ أن يوكل المطلوب بالقمح من يقبضه من الضامن ، ثم يقبضه عنه .

وإن وكل الضامن بذلك فأرجو أن يكون خفيفا ، وضعفه .

قال في رواية عيسى : ولعله يجوز ، وما يجوز إلا .

في الحمالة بالدرك ، وكيف إن شرط خلاص السلعة ، والحمالة بمعين أو كتابه

قال ابن القاسم : ومن اشترى من رجل جارية أو دارًا أو غيرها ، فتكفل له رجل بما أدركه في ذلك من درك ، جاز ذلك ولزمه الثمن حين الدرك في غيبة البائع أو عدمه ، ولو شرط المشترى خلاص السلعة ، لم تجز الكفالة ولم يلزمه .

وقال غيره : يلزمه ، وهو أدخل المشترى في غرم ماله ، فعليه الآجل من قيمة السلعة يوم تستحق ، أو الثمن الذى أدى ، إلا أن يكون الغريم مليًا حاضرًا ، فيبرأ .

م : فوجه قول ابن القاسم : أن المعاملة إذا وقعت فاسدة بين المتبايعين فيما سميا من الثمن الذى تحل به الحيل غير لازم ، فسقطت عنه بسقوطه في أصل [ ] .

ووجه قول غيره : أن الحميل لما خرج من يد المشترى بالثمن وجب عليه غرمه لحجته ، إذ لو لم يتحمل له به ما ابتاع منه ، فإن كان قيمة السلعة أقل لم يلزمه إلا ذلك ، إذ لو لم يستحق لم يكن على الحميل شيء ، فإذا غرم له قيمتها في الاستحقاق لم تكن له حجة كما لو استهلكها له .

وروى مثل ذلك عن ابن القاسم أيضًا .

قال ابن القاسم : ولو شرط المبتاع على البائع خلاص السلعة في الدرك، وأخذ،

منه بذلك كفيلاً ، بطل البيع ،والكفالة ، كمن باع ما ليس له وشرط خلاصه ، ولولا أن الناس كتبوا ذلك في وثائق الأشرية لا يريدون به الخلاص ، ولكن تشديداً في التوثق لنقضنا به البيع ، ولو عقد البيع على اشتراطه فسد البيع .

فصل

وما ابتعت من شيء بعينه لم يجز أن تأخذ به كفيلاً ، كان حاضراً أو غائبًا على صفة قريب الغيبة أو بعيدها ، كما لا يجوز للبائع ضمان مثله إن هلك .

فصل

ولا تجوز الكفالة بكتابة المكاتب .

قال ابن القاسم : وأما إن عجل عتق عبده على مال جازت الكفالة بذلك عند مالك .

يريد : لأنه في الذمة ، وكذلك من قال لرجل : عجل عتق مكاتبك وأنا في كتابته كفيل ، جاز له الرجوع بذلك على المكاتب .

في الحمالة بنفع أو جعل ، وما يفسد من شروط أو صلح

قال مالك في «كتاب محمد» : لا خير في الكفالة بجعل .

قال ابن القاسم : فإن نزل ، وكان يعلم صاحب الحق ، سقطت الحمالة ورد الجعل.

وإن لم يكن يعلمه ، فالحمالة لازمة للحميل ، ويرد الجعل على كل حال ، وقاله أصبغ .

وكل حمالة وقعت على حرام فيما بين البائع والمشترى في أول أمرهما [ق / ١٣/ ٥ب] أو بعده فالحمالة ساقطة عن الحميل ، علم صاحب الحق أو الذى عليه الحق أو الحميل ، أو جهلوه ، وذلك مفسوخ على كل حال .

وقال أصبغ : كل حمالة وقعت في حرام بين الحميل وبين الذى عليه الحق ، ولم

يعلم بذلك صاحب الحق ، فالحمالة لازمة للحميل .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن له دين على رجل إلى أجل ، وأخذ منه قبل الأجل حميلاً أو رهنًا على أن يوفيه حقه إلى الأجل أو إلى دونه ، فذلك جائز ، لأنه زيادة توثيق .

م : فإنما يجوز إلى دون الأجل إذا كان الحق مما له تعجيله .

وأما إذا كان عرضًا أو حيوانًا من بيع ، فلا يجوز ، لأنه « حط عنى الضمان وأزيدك توثقًا » .

قال : وكذلك إن حل الأجل فأخره على أن يأخذ منه حميلاً أو رهنًا ، جاز لأنه ملك قبض دينه ، مكانه فتأخيره به كابتداء سلف على حميل أو رهن .

قال : وإن لم يحل الأجل فأخره به إلى أبعد من الأجل بحميل أو رهن ، لم يجز ، لأنه سلف بنفع .

قال غيره : ولا يلزم الحميل شيء ، ولا يكون الرهن به رهنًا وإن قبض في فلس الغريم أو موته .

م : أراه إنما قال ذلك لأن الرهن لم يكن في أصل الدين ، ولو كان في أصل الدين لكان المرتهن أهد به من الغرماء حتى يستوفي حقه وإن كان فاسدًا .

وقد قال في «كتاب الرهن» فيمن أقرض أو باع سلعة بثمن إلى أجل وأخذ بذلك رهنًا على أنه إن لم يفتكه منه إلى الأجل فالرهن له بدينه ، إن ذلك لا يجوز ، وينقض الرهن ولا ينتظر به الأجل ، وله أن يحبس الرهن حتى يأخذ حقه ، وهو أحق به من الغرماء .

وقال في «كتاب محمد » في مسألة الكتاب : إن مات الغريم أو فلس قبل الأجل الأول، لم يلزم رهن ولا حمالة ، وإن مات أو فلس بعد الأجل ثبت الرهن وبطلت الحمالة .

م : وهذا على قول أشهب الذى يجيز الرهن بجعل ، وكأنه رأى قبل الأجل لم يصلح له الجعل بالتأخير ، فثبت الرهن ، والله أعلم .

م : ويحتمل إنما أبطل الرهن قبل الأجل لأنه رهن فاسد ، فلم يدخله به في تأخير فرق قبل الأجل كالرهن ، فوجب فسخه ، وبعد الأجل أدخله به في التأخير وصار كالرهن في أصل العقد ، وهذا أشبه .

وقال غيرنا : وعلى قول غيره وما روى عن ابن القاسم في غير « المدونة » ، فالحمالة ثابتة بعد الأجل ، لأنه كالمخرج من يده شيئًا لا يكاد أن يكون قادرًا حين الأجل على أن يأخذ منه ، فصار الحميل أوجب تأخيره ، فأشبه الإخراج من يده .

وأما الرهن فرهن إذا دخل في الأجل الثاني .

قال ابن المواز : فلو قال له قبل الأجل : أسلفنى مائة أخرى وخذ رهنًا بالمائتين إلى شهر أو إلى الأجل ، لم يجز ويرد المائة السلف ويأخذ رهنه ويرد الدين إلى أجله، وكذلك لو لم يزده في الأجل شيئًا ، وهو سلف جر منفعة .

قيل : فإن لم يعثر على ذلك حتى مات الراهن أو فلس وقام الغرماء ؟

قال : ما سمعت فيه إلا ما خاض فيه أصحابنا أن يكون نصف الرهن رهنه بالمائة الآخرة ، ويرد نصفه إلى الغرماء .

وقال ابن المواز : بل الرهن كله رهنه بالمائة الآخرة ، لأنه بسببها .

م : وهو مذهب « المدونة » .

قال ابن المواز : ولو كانت المائة الآخرة بالجعالة لسقطت عن المائتين ، لأنه لا تثبت حمالة في معاملة فاسدة ، ولا يثبت فيها تأخير ولا سلف .

وقال : ومن حل دينه فقال له رجل : ضع لغريمك منه كذا وكذا ، وأنا حميل لك بباقيه إلى أجل كذا ، فذلك جائز ، لأنه لو شاء تعجله ، فكأنه أسلفه وحطه عنه، وقاله ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم ، ورووه عن مالك واختلفت رواية أشهب عنه فيه، فكرهه وأجازه ، وإجازته أبين ، لأنه إذا جاز أن يؤخره بحميل جاز أن يحطه ويؤخره .

قال ابن وهب : وأجاز ابن أبى سلمة إذا حلّ الأجل أن يعطيك غريمك بدينك رهنًا وتؤخره .

قال : لأنه ليس لك في تأخيره منفعة ، لأنك لو شئت قمت عليه فبيع لك هذا

الرهن إلا أن يكون غريمك قد تبين فلسه ، فلا يجوز لأنك إذا قمت عليه قد يقع لك في الحصاص بعض حقك فأخرته على أن تستبد بالرهن ، أو يضمن لك الحميل أكثر مما يقع لك في الحصاص عن الغريم وأنا حميل لك بدينك لم يجز وهى كحمالة بجعل .

قال مالك : وإذا حل أجل الدين ، فقال له : [ ] وأخر لى على أن أرهنك بهما رهنًا وأعطيك حميلاً ، فذلك جائز .

قيل : ذلك جائز إلا أن يكون تبين عدم الغريم .

قال ابن المواز : وهو عندى جائز وإن تبين عدمه إذا كان الرهن لنفسه .

م : يريد ، لأنه لو شاء باعه عليه فقبض منه دينه ، فلا منفعة له في تأخيره .

قال ابن المواز : ما لم يكن عليه دين محيط ، فلا يجوز تأخيره بالدين الأول بذلك الرهن ، أسلفه الآن شيئا أو لم يسلفه لأنه ازداد بما أخره منفعة .

م : يريد ، لأنه لو قام عليه لحوصص فيها أراد أن يرهنه وأخذه ليختص بالرهن.

قال ابن المواز : وأما تأخير بحميل ، فجائز ما لم يسلفه سلفًا ثانيا ، وإنما يجوز ذلك إذا لم يكن عليه دين محيط لغيرك ، أو كان عديمًا لا شيء له أصلاً .

وأما إن كان عليه دين محيط لو قمت عليه الآن لنابك في الحصاص أقل من دينك فلا يجوز تأخيره [ق / ١٤/ ٥ب] بحميل لأنه سلف جر نفعًا .

قال ابن المواز : ولو كان عديمًا لا دين عليه لغيرك ، أو عليه دين لغيرك ولا شيء له أصلاً لأخرت لك تأخيرك بحميل ما لم يكن معه سلف آخر ، لأنك لو أردت القيام عليه بأخذ دينك ، لم يقدر لفلسه ، فقد وجب عليك تأخيره على ما أحببت أو أكرهت ، حين لا تجد شيئًا تأخذ منه ، فكأنك تطوعت بالحميل بلا منفعة استجلبتها .

م : فله أو عليه دين ليس في أصل « كتاب محمد » ، وهو في « النوادر » ، وهو جيد .

قال أشهب : ومن لك عليه عشرة دنانير سلفا ، فبيعت منه بيعًا على أن بالعشرة الدنانير السلف رهنًا ، فذلك جائز .

ولو كانت العشرة الأول من بيع فاستسلفه عشرة أخرى على أن [ ] الأولى رهنًا، لأنه سلف بنفع .

قال [ ] أسلفته ويشترط منفعة ، ولا بأس أن يبيع ويشترط منفعة .

قال ابن المواز : ولم يجزه ابن القاسم في الوجهين ، لأنه إذا باعه واشترط رهنًا بسلف له عليه ، كان رهنًا بجعل ، وذلك لا يحل .

م : لأنه كأنه باع منه السلعة بعشرة وهى تساوى اثنى عشر ، على أن يعطيه رهنًا أو حميلاً بالسلف ، فصار كالحطيطة من الدين على أن يعطيه فيه حميلاً أو رهنًا ، فلا يجوز عند ابن القاسم ، ويجوز عند أشهب .

قال محمد : ولم ير أشهب بالرهن بالجعل بأسًا ، لأن الجعل فيه إنما يصل إلى غريمه نفسه ، فهو كالوضيعة له من حقه بعد أن دخل على أن يرهنه ، والجعل في الحمالة للحميل ، فهو لغير غريمه فلا يحل .

يريد : ولو كان الجعل لغريمه ، لجاز .

قال : وكذلك لو كان الرهن لغير غريمه بجعل من الغريم لم يجز ، وينتقض الرهن إن علم رب الحق وإن لم يعلم ثبت الرهن وسقط الجعل .

ولو كان له عليه عشرة إلى شهر ، فقال له : أعطنى حميلاً وأنا أضع عنك درهمين وآخذ ثمانية عند الشهر ، فلم يجز ذلك .

ابن القاسم : لأن ذلك كالحمالة بالجعل ، لأن الحميل إن لم يأخذ الدرهمين ، فكأنه قال للذى له الدين : هبها للذى عليه الدين ، فكأنه لم يرض أن يتحمل له إلا بجعل يأخذه الذى عليه الدين ، كما لو قال له : لا أتحمل لك إلا أن تهب لفلان دينارًا .

قال أشهب : إذا حط عنه على أن يعطيه حميلاً أو رهنًا إلى أجل ، إن ذلك جائز .

قال أصبغ : ولو قال له : خذ منى دينارين وأعطى حميلاً إلى أجل ، لجاز ذلك، كما لو حطها عنه من دينه .

قال بعض الفقهاء : الأشبه ما قال [ق/ ١٠/ ٥أ] ابن القاسم ، لأنهم لم يختلفوا أن لو كان الذى عليه الدين سأل أن يتحمل عنه بجعل ، إن ذلك لا يجوز ، فإن كان الذى عليه الدين هو الذى يعطى الجعل لمن يتحمل له فكذلك ينبغى ألا يجوز، وهو إذا حط عن الذى عليه الدين على أن يعطيه حميلاً ، فالحميل وإن لم يأخذ جعلاً فقد أخذ الجعل من سأله أن يتحمل عنه ، وهو الذى عليه الدين ، فصار الحميل كالواهب الذى عليه الدين بما أعطى من جعل ، ومع ذلك غرر أيضًا ، لأن رب المال يحط من ماله لأمر يمكن أن يحتاج إليه لعسر الغريم ، ويمكن ألا يحتاج إليه ليسره .

وأما إذا حل الأجل فأعطاه حميلاً على أن يضع عنه ، فهذا جائز ، إذ لا غرض له في هذا .

يريد : إذا كان الغريم موسرًا وأما إن كان معدمًا ، فينبغى ألا يجوز على مذهب ابن القاسم ، لأن الغريم إذا لم يقدر على الأخذ منه صار كدين لم يحل فيجرى فيه الاختلاف على ما ذكرنا ، وقد ذكر في « كتاب محمد » عن أشهب : أن روايته اختلفت في الحال ، فأراه يريد إذا كان الذى عليه الدين معسرًا ، فيصير على هذا وافق ابن القاسم في إحدى رواياته وأما إذا أعطاه حميلاً بعد حلول الأجل ، ولم يضع عنه شيئًا على أن يؤخره وكان موسرًا ، فهذا جائز .

وإن كان معسرا اعتبرت ، فإن أخراه أمدًا يمكن أن يسلفه لم يجز ذلك ، ويصير بمنزلة من أعطاه حميلاً قبل الأجل على أن يؤخره إلى بعده ، وذلك إن كان يسره إلى شهر ، فكان الدين لم يحل إلا إلى الشهر فإن أعطاه حميلا على أن يؤخره قد دفع ما لا يلزمه من الحميل لكان تأخيره شهرًا آخر .

وإن كان إنما أعطاه حميلاً إلى شهر ، وهو الذى يسير إليه ، فهذا جائز ، كمن أعطى حميلاً قبل الأجل ، وحكم العسر كحكم ما لم يحل من الأجل ، إلا أن

يكون معه سلف ، فلا يحل لأنه إن كان يسره إلى شهر ، فالحكم يوجب تأخيره إليه بلا حميل ، فكأنه قال له : أنا أعطيك حميلاً لا يلزمنى على أن تسلفنى كذا ، فصار سلفًا جر نفعًا ، وهو زيادة التوثق .

م : وقد زدت في هذا الكلام من لفظى ما يتم به الكلام عندى .

قيل لمحمد :لم لا تجيز كراء الشيء لرهنه ، فأنت تجيز كراء الحلى والمتاع للبس ؟

قال : ليس من اكترى متاعًا ليرهنه كمن اكترى حليًا أو متاعًا ليلبسه ، لأن الرهن كلما مطل المديان بالدين ، زاد صاحب الرهن في الرهن كذا ، فكان رب الحق أخره بزيادة يعطيها لغيره .

قلت : فلو أكرى لا إلى أجل ؟

قال : الأجل في الكراء للبس جائز ، ولا يجوز إلا به ، ولا يجوز الرهن إلى أجل ، ولا يكون رهنًا ، لأنه إذا انقضى ذلك الأجل بقى الحق بلا رهن ، فيبطل من أوله ، وإن فلس أو مات الغريم قبل الأجل دخل فيه الغرماء .

وعن أشهب فيمن ارتهن رهنًا في بيع فاسد رهن بالأقل [ق / ١٥/ ٥ب] من القيمة أو الثمن .

وقال في دافعه دنانير في دراهم إلى أجل وأخذ لذلك رهنًا : إن الرهن رهن بالأول ، وإن كان حميلاً فالحمالة باطلة .

وابن القاسم يبطل الرهن والحميل .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ومن باع سلعة وأخذ حميلا على أنه إن مات الحميل ، يريد : قبل الأجل فلا تباعة في تركته .

وإن مات البائع قبل ذلك الأجل ، فلا حمالة له على الحميل ، ولا لورثته .

فقال : هذا بيع حرام لا يجوز والحمالة ساقطة على المشترى في فوت السلعة القيمة .

قال أصبغ : أجاب على غير تأمل ، وهو عندي جائز ، والشرط ثابت ، لأنه ليس هو بين البائع والمبتاع ، شرط بينه وبين الحميل كما لو تحمل على هذا من غير

بيع ، وذلك لو تحمل بهذا على أنه إن دخل ، فالحمالة ثابتة ، وإن مات أو طلق قبل البناء ، فلا حمالة له عليه ، فذلك جائز ، وإنما يفسد لو شرط المشترى أنه إن مات بائع أو مبتاع قبل الأجل ، فالثمن هدر ، ولا تباعة به ، فهذا بيع فاسد .

قال ابن المواز : وأرى قول ابن القاسم إن كان ذلك شرطه مع البيع على المشترى فالبيع فاسد والحمالة ساقطة ، لأن ثمن السلعة مع حميل أو رهن أكثر منه بلا رهن ولا حميل فقد تخاطرا ، وإن شرط ذلك في سلف عبد بيع كان جائزا .

قال ابن حبيب : ومن باع سلعة من ثلاثة على أن بعضهم حميل ببعض ، فإن لم يكونوا شركاء في غيرها ، فذلك جائز ، ولم يزل هذا من بيوع الناس ، وما علمت من أنكره ، وإنما لا يجوز أن يقول : تحمل عنى في شيء على أن أتحمل عنك في شيء آخر .

في الحمالة يدعى بأنه وافاه بغريمه ، وما تجب فيه الحمالة ، ودعوى ورثة أحد الحملاء أن وليهم دفع المال

قال مالك رحمه الله : ومن قال لرجل : إن لم أوفك بغريمك غدًا ، فأنا ضامن لما عليه ، فمضى الغد ، وادعى الحميل أنه وافاه ، فالبينة عليه وإلا غرم ، إلا أن يوافيه به قبل الحكم عليه فيبرأ من المال .

وكذلك يقول غيره من الرواة .

قال ابن القاسم : ومن كان بينه وبين رجل خلطة في معاملة فادعى عليه حقًا ، لم يجب له عليه كفيل بوجهه حتى يثبت حقه .

وقال غيره : إذا ثبتت الخلطة بينهما ، فله عليه كفيل عينه ، ليوقع البينة على عينه .

م : يعنى غيره إذا لم يكن المدعى عليه معروفًا مشهوراً ، فللطالب عليه كفيل بوجهه ليوقع البينة على عينه .

وأما لو كان المطلوب معروفًا مشهوراً ، فليس للطالب عليه كفيل بوجهه ، لأنا نسمع البينة عليه في غيبته .

وكذلك معنى قول ابن القاسم ، والله أعلم .

قال ابن القاسم : وإن سأله وكيلاً بالخصومة حتى يقيم البينة عند القاضى ، لم يلزم المطلوب ذلك إلا أن يشاء لأنا نسمع البينة في غيبة المطلوب .

وإن سأله كفيلاً بالحق حتى يقيم البينة ، لم يكن له ذلك إلا أن يقيم شاهدًا ، فله أخذ الكفيل ، وإلا فلا ، إلا أن يدّعي بينة يحضرها من السوق أو من بعض القبائل فليوقف القاضى المطلوب عنده لمجيء البينة ، فإن جاء بها وإلا خلى سبيله ، ومن قضى له بدفع أو غيره أنه وارثه ، فلا يؤخذ بذلك من المقضى له كفيل ، وهذا جور ممن جعله من القضاة .

وكذلك من استحق دينًا قبَل غائب وله رباع أو عروض حاضرة ، فإن القاضى يبيعها ويؤدى دينه ، ولا يؤخذ من المقضى له بذلك كفيل .

فصل

ثلاثة نفر اشتروا سلعة من رجل وتحمل بعضهم ببعض في الثمن ، على أن يأخذ البائع أيهم شاء بحق، فمات أحدهم ، وادعى ورثة الميت أن الميت دفع الثمن ، وأقاموا شاهدًا ، إنهم يحلفون معه ، ويبرأون ، ويرجعون على الشريكين الباقيين بما ينوبهما ، فإن نكل الورثة لم يحلف الشريكين لأنهما يغرمان ، إلا أن يقولا : نحن أمرناه ووكلناه بالدفع عنه وعنا ، ودفعنا ذلك إليه ، وإنما هو حق علينا وإنما الشاهد لنا ، فيحلفان ويبرآن .

قال أبو محمد : معنى قول ابن القاسم : لا يمين على الشريكين ـ يعنى إذا ادعيا أن الميت دفع الثمن من ماله ـ ويغرمان ما ينوبهما إلى البائع ، وذلك أن المال على جميعهم ، وهم في أنفسهم حملاء بعضهم عن بعض ، فلأن يغرمان للورثة شيئًا من أجل قولهم : إن الميت دفع عنا الثلثين ، لأنهما يقولان : إن الميت دفع الثمن من ماله ، إذ لم يشهد حين دفع ، ولم يدفع بحضرتنا شيئًا ، وإنما بلغنا ذلك عنه ، فلا يلزمنا للورثة شيء بإقرارنا ، ولكن يغرمان للبائع حسب ما تقدم ، ويغرم الورثة للبائع ما ينوبهم لنكولهم بعد رد اليمين على البائع أنه ما قبض من وليهم شيئًا ،

وهكذا إذا كان الميت مليًا بما ينوبهم اليوم ، فإن كان عديمًا اليوم ، لم يكن على الورثة شيء ، وكان لهذين أن يحلفا مع الشاهد .

وإن كان دعواهما أن الميت دفع الجميع من ماله ليبرئا من حمالة الثلث الذي الميت به عديم .

وإن حلف غرماء الثلثين للورثة [ق / ١٦/ ٥ب] وغرم الورثة للبائع ثلث الحق فيما قبضوا من الشريكين لنكول الورثة وإن ادعيا أن الثمن من عندهما حلفا على دفع ذلك وبرئا ، ورجع البائع على الورثة بالأقل مما ورثوه أو مما ينوبهم لنكولهم البائع أنه ما قبض من وليهم شيئًا ، وللشريكين أن يربعا عليهم ، فيقولان لهم : نحن دفعنا جميع الثمن للميت فإما أن تحلفا على علمكم أنَّا ما دفعنا إليه شيئا وتبرؤوا وإن نكلتم حلفنا لقد دفعنا الجميع وغرمتهم ثلث جميع الثمن لنا .

م : **بعض فقهاء القرويين** : في كلام أبى محمد هذا نظر ، فقال في قوله : إذا كان الميت عديمًا وادعوا أن الميت دفع الجميع من ماله ليبرآ من حمالة الثلث الذى به الميت عديم ، فإن حلف غرما الثلثين للورثة وبرئا وغرم الورثة ثلث الحق للبائع مما قبضوا من الشريكين .

قال : فقوله : يغرمان الثلثين للورثة ، ليس ببين في القياس ، وذلك أن الورثة قد نكلوا ، وإنما يحلف هذان ليبرآ من حمالة الثلث .

فإذا حلفا دفعا الثلثين للذى له الدين وحلف الغريم ، واتبع الورثة بالثلث ، هذا بحث في القياس ، لأن أحدًا لا يحلف ليستحق غيره ، فإذا جاز أن يحلف في الثلثين فيملك ذلك الورثة ، فلم لم تكن يمينهم قد برأت الورثة من الثلث أيضًا الذى جعل مواليهم يغرمونه للغريم .

قال : وقال أبو محمد : فإن ادعيا أن الثمن من عندهما ، حلفا لقد دفع ذلك الميت وبريئا ، ورجع البائع على الورثة بما ينوبهم لنكولهم بعد أن يحلف البائع أنه ما قبض من وليهم شيئا ، وللشريكين أن يرجعا عليهم ، فيقولان لهم : نحن دفعنا جميع الثمن إلى الميت ، فإما أن تحلفوا على علمكم أنَّا ما دفعنا إليه شيئا ، وإن

نكلتم حلفنا لقد دفعنا الجميع وغرمتم ثلث الثمن .

قال : وفي هذا أيضًا نظر ، لأن الشريكين لم يثبت ، دفعهما إلى الميت ، وورثته قد نكلوا عن اليمين ، وما في يد الميت ، وما في يد الميت على ملكه ، فيجب أن يحلف الذى له الدين [ ] من جملة إذا كان الميت موسرًا ، ويحلف الورثة للشريكين أنَّا ما نعلم أنكم دفعتم إلى ولينا شيئا ، إذا كانوا ممن [ ] لك . وإن لم يترك شيئا، حلف الشريكان مع الشاهد ليبرئا من حمالة الثلث ، ويغرما الثلثين ، ويحلف الذى له الدين [ ] ذمة الميت متى طرأ له مال .

وإن كان عديمًا فلا شيء على الورثة ، لأنهم لم يرثوا شيئا .

وقال ابن أبي زمنين : في هذه المسألة نظر ، وينبغي على أصولهم إذا حلف الشريكان أنهما دفعا إلى الميت ما لزمهما وأنهما أمراه بالدفع ، أن يكون للبائع أن يتبع ذمة الميت بحصته بعد أن يحلف أنه ما دفع إليه شيئا .

وإن قال الشريكان : دفعنا إليه الجميع وأمرناه بالدفع عنه وعنا ، وحلفا على ذلك كان لهما أن يتبعا ذمة الميت بحصته إذا لم يحلف ورثته ، وعلى الشريكين إذا حلف أن يريدا : لقد دفع ما أمرناه بدفعه ، وبالله التوفيق .

في الكفالة في الحدود ،
وكفالة الأخرس والمريض ، وما يجوز من إقراره

والقضاء أن كل ما يلزم الذمة فإن الكفالة به جائزة ، وأما الحدود والأدب والتعزير ، فلا تجوز الكفالة فيه ، قاله مالك .

قال بكير : ولا تجوز في دم أو زنا أو سرقة أو شرب خمر ، ولا في شيء من الحدود.

م : لأن فائدة الحمالة أن يحله الضامن محل المضمون في تعذر أخذ الحق منه ، وهذا المعنى يتعذر في الحدود ، لأن استيفاءها من الضامن غير بائن .

فصل

قال ابن القاسم : وما ثبت بالبينة أن الأخرس قبضه من كفالة أو غيرها ، لزمه.

فصل

والسنة أن معروف المريض من ثلثه ، والكفالة معروف .

قال ابن القاسم : ومن تكفل في مرضه ، فذلك من ثلثه ، لأنها من ناحية العطية لا كالبيع .

قال ابن القاسم : ومن تداين بمعدم ما تكفل في مرضه ، كان دينه في رأس ماله، فإن اغترق الدين ماله سقطت الكفالة ولا يحاص بها الغرماء ، لأنها من الثلث، وما كان من رأس المال أولى ، كمن أوصى لرجل بثلث ماله ، ثم اغترق الدين جميع ماله ، فالوصية تبطل .

قال ابن المواز : حمالة المرتهن جائزة ما لم يدخل على أهل دينه بقضائها ، ولا يكون المتحمل بها مليًا ، ويكون المريض منها في إحياء حقه ، فإن كان مليا جازت بكل حال .

وقال عبد الملك : إن كان المحمول به مليا فهى لازمة وإن كان عديمًا بطلت ولم تكن في الثلث ، إذ لم يرد بها الوصية ، ولا له أن يعطى في مرضه من رأس ماله .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن تكفل في مرضه لوارث أو غير وارث، ثم صح لزمته الصدقة إذا لم تكن على وجه الوصية .

ابن المواز : وقال أشهب وعبد الملك : حمالة المريض عن وارثه لأجنبى ، أو عن حمالة المريض عن وارثه لأجنبى لوارثه باطلة .

قال أشهب : إلا أن يكون المحمول به موسرًا حاضرًا النقد حين تحمل به المريض، فتجوز الحمالة .

وقال عبد الملك : هى باطلة ، كان المحمول موسرًا أو معدمًا .

قالا : ولو صح معدمًا تحمل ، لتثبت الحمالة ، كان المحمول موسرًا أو معدمًا ، مات الحميل بعد ذلك [ق /١٧/ ٥ب] أو بقى .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن [ق/ ١٣/ ٥أ] أقر في مرضه أنه

تكفل في مرضه هذا ، فإن كان لوارث لم يجز ، وإن كان لأجنبى - أي صديق ملاطف - جاز إقراره في ثلثه ، يريد : كان ورثته كلالة أو ولدًا .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون عليه دين يغترق ماله ، فلا يجوز .

وكذلك إن أقر للصديق الملاطف بدين في مرضه ، فإنما يرد إقراره إذا كان عليه دين يغترق ماله فإن لم يكن عليه دين فإقراره له جائز إن ورثه ولده .

وقال سحنون في غير « المدونة » : وإن كان ورثته كلالة ، لم يجز إقراره له ، في ثلث ولا غيره .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وتجوز الوصية له في الثلث ، ورث بولد أو كلالة ، وما أقر المريض أنه فعله في مرضه من عتق أو غيره ، فهى وصية .

وما أقر به الصحيح أنه فعله فالذى أقر لهم أخذ ذلك ، ما لم يمرض المقر أو يموت ، فإن مرض أو مات ، فلا شيء لهم وإن قامت بذلك بينة ، إلا العتق بالكفالة فإنه إذا قامت بعد موته بينة أنه أقر في صحته بعتق عبد أو بكفالة لوارث أو لغير وارث ، كان ذلك من رأس ماله ، لأنه دين قد ثبت في رأس ماله في صحته .

وما أقر به المريض أنه فعله في الصحة من عتق أو كفالة أو حبس أو صدقة أو غيرها، لوارث أو لغير وارث ، فإقراره باطل ، ولا يجوز من ثلث ولا غيره ، ويكون ميراثًا .

فإن أوصى مع ذلك بوصايا ، كانت الوصايا في ثلث ما بقى بعد ذلك ، فإن قصر الثلث عن وصية ، لم يدخل الوصايا في شيء مما أقر به ، لأنه كذلك أراد .

م : وقال بعض الفقهاء : ينبغى إذا أقر في مرضه أنه تكفل في صحته ، فلم يجز أن يدخل في ذلك الوصايا ، بخلاف من أقر في المرض أنه تصدق في الصحة أو أعتق ، فبطل إقراره ، فلا يدخل في ذلك الوصايا ، لأن ذلك على إقراره خارج على كل حال ، والكفالة مال يرجع به ، فلما بطل أن يؤخذ دخلت فيه الوصايا ، ولو لم يرجع لدخلت فيه الوصايا فبطلانه كرجوعه .

في الحمالة بالخدمة
والصنعة والكراء وحمالة العبد ومن فيه بقية رق

قد تقدم أن الحمالة لا تجوز إلا فيما يتعلق بالذمة أو ما يجر إليها .

قال ابن القاسم : ومن آجرته بعينه يخدمك شهرًا لم يجز أن تأخذ حميلاً بالخدمة، لأنها ليست في الذمة .

قال : وإن مات عبد في إجارتك ، فإن أعطاك سيده عبدًا يعمل كعمله ، لم يجز وهو دين في دين ، والحمالة أيضًا في هذا لا تجوز ، لأنه إن مات لم يلزم الحميل أن يأتي بغيره يخدم مكانه ، لأنه بعينه ، وكذلك من آجرته يخيط لك ثوبًا بعينه ، جاز ذلك ، ولا تجوز الحمالة بذلك العمل في حياة الصانع أو موته ولا كفيل به حتى يعمله ولو كان عملاً مضمونا في ذمته ، جاز أن يأخذ به كفيل .

قال مالك رحمه الله : ولا بأس بأخذ الكفيل بالحمولة المضمونة ، ولا يجوز ذلك في دابة بعينها ، إلا أن يتكفل برد بقية الكراء عند موتها ، فيجوز ذلك .

وكذلك أجير الخياطة والخدمة في هذا ، فإن فرَّ المكترى في المضمون فأكرى الكفيل للطالب بضعف الكراء ، وجب للكفيل الرجوع بذلك على المكترى ، ولا ينظر إلى الكراء الأول ، وهذا مذكور في كتاب كراء الرواحل .

فصل

قال ابن القاسم : ولا يجوز لعبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد عتق ولا كفالة ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك مما هو معروف عند الناس إلا بإذن السيد، فإن فعلوا ذلك بغير إذنه لم يجز إن رده السيد ، فإن رده لم يلزمهم ذلك وإن عتقوا وإن لم يرده حتى عتقوا لزمهم ذلك ، علم به السيد قبل عتقهم أو لم يعلم .

وقال غيره : ولا تجوز كفالة المكاتب وإن أذن له السيد ، كما لا تجوز كفالة الحر ومعروفه إذا اغترق الدين ماله ، ولا تجوز حمالة العبد ووكالتهم في الخصومة وغيرها إلا بإذن السيد ، لأن مالكًا قال : ومن وكل عبدًا لقضاء دين عليه ،

فقـام للعبد شـاهد أنه قضاه ، حلف العـبد وبرئ السيـد كالوكيل الحـر سواء ، ولا يحلف السيد .

م : **قال بعض الفـقهاء** : فإن نكل العـبد وجب أن يحلف السيـد مع الشاهد ، لأنه لم يدفعه عن نفسه كشاهد قام له .

م : وأما الوكـيل ، فإن كان عـديمًا فكالعبـد ، ويحلف الموكل ليبـرأ من الغرم أيضًا، ولكنه ينبغى متى أيسر الوكيل حلف الذى له الدين ورجع على الوكيل بما كان غرمه .

وإن كان الوكـيل مليًا فنكل حلف الذى عليه الدين وبرئ وغـرم الوكيل للذى له الدين وإن تحمل عنه بدين على سيده بإذن سيده ، ثم فلس السيد أو مات ، فإن أتبع الطالب بدينه ذمة السـيد تبع العـبد في ذلك وإن رضى بإتبـاع العبد دون السيـد كان ذلك في ذمة العبد .

وقال غيره : ليس له أن يتبع ذمة العبد إلا بما عجز عنه مال السيد .

قال بعض أصحابنا عن بعض فقهائنا : قول ابن القاسم ها هنا إنما هو على قول مـالك الذى قال : إنما للطالب أن يـتبع الكفـيل إن شاء في يسـر [ق/١٨/ ٥ب] الغريم ، وقد خالف ابن القاسم أصله في هذه المسألة .

وقد **قال بعض شيوخنا من القرويين** : إنما قال ذلك لأنه رأى أن ذمة العبد وذمة السيد كشيء واحد .

وقال غيره : ليس الأمر كما قـال ، وإنما محمل المسألة أن السيد فلّس وهو حى أو مات مفلسًا ، فلذلك خيـره ، لأن الغريم إذا فلس وأراد الطالب المحاصة ، إن له إتباع الكفيل .

م : وهو الصواب إن شـاء الله ، وقيل : هذا عن ابن القـاسم كقـول مالك في الذى يكره العبد علـى الحمالة وعلى أن يجعل في ذمتـه مالاً بعد عتقـه ، لأن العبد يقول : إنما أنا حميل بما عجز عنه مال سيدى ، فهو الذى يلزمنى .

وإذا أكره على أن يبقى في ذمته مع يسر سيده ، صار كأنه أكرهه على الحمالة .

وإن كان قد دخل أولاً طائعًا لتوجه براءة ذمته منها ، والذى قاله غير ابن القاسم ها هنا هو قياس قول ابن القاسم في أنه لا يكره عبده على الحمالة ، وإذا أتبع الطالب ذمة السيد ، فبيع في ذلك فما عجز ثمنه فباق في ذمة العبد ، يباع بشرط أنه حميل بسيده ، ثم له مرجع على سيده بالذى يبقى عليه متى غرمه هو .

وفي «كتاب محمد» : لو تحمل السيد عن عبده ، ثم باعه فكان منتزع المال بالبيع، فقال صاحب الدين : اقتضى حقى فقد بعت الغلام .

قال : ليس ذلك له حتى يحل الأجل .

قال بعض الفقهاء : وذلك صواب ، لأن العبد لو مات أو فلس قبل الأجل ، لم يحل الدين على الحميل ، فكيف انتزاع ماله .

واعلم أنه إذا طالب السيد فبيع العبد ، فلم يفِ بالدين أن له مطالبة العبد بما بقى، كالحر في هذا ، وذلك مأخوذ من قول الغير : ليس له أن يطلب ذمة العبد إلا بما عجز عنه ذمة السيد ، وهذا لا يختلفون فيه .

قال أبو محمد : وينبغى [ق/ ١٤/ ٥أ] أن يبلغ العبد في هذا القول ـ على التبعيض ، ليعلم ما يبقى في ذمة العبد من الدين فيبرأ منه ، مثل أن يكون مائة ، فيقال : من يشتريه بخمسين على أن يبقى في ذمته خمسون ، أو ستين فيبقى في ذمته أربعون ، فتقع المزايدة فيه على هذا ، كلما زيد في ثمنه نقص عن ذمته مثله .

وكذلك إن كان على السيد دين آخر ، فحوصص الطالب في ثمن العبد ، إن ما يقع له في الحصاص يسقط مثله عن ذمة العبد .

مثال ذلك : أن يكون على السيد دين مائة دينار، وتحمل عنه العبد بمائة دينار أخرى ، فيقال : من يشترى هذا العبد بمائة على أن تبقى في ذمته خمسون ؟ فإن قال أحد : أنا آخذه بمائة وعشرين ، قيل له : بقى في ذمته أربعون ، هكذا ما وقع عليه للذى تحمل به العبد بالحصاص ، سقط مثله عن ذمة العبد ، وقد ذكرنا ذلك أيضًا في «كتاب التفليس» .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن تحمل العبد بدين على أجنبى بأمر

سيده، كان ذلك في ذمته لا في رقبته .

قال : وتجوز كفالة العبد أو من فيه بقية رق لسيده ، ولا يجبره السيد على ذلك، ولا يلزمه إن جبره السيد .

قال : وإن أبى العبد أن يتكفل به وقال : أخاف إن عتقت لزمتنى الكفالة ، وأشهد السيد أنه ألزمه الكفالة عنه ، لم يلزم العبد ذلك إلا برضاه .

م : وقال مالك في الرجل يعتق عبده وعليه مائة دينار : إن ذلك لازم للعبد وإن كره العبد ذلك .

م : كأن ابن القاسم عرضه بعد هذا التشبيه أن مالكًا يمكن أن يقول : للسيد أن يجبره في الكفالة به كما جبره في العتق ، وهو يخالفه في الوجهين ، ويرى في قوله: أنت حر وعليك ألف ، أنه حر ولا شيء عليه .

ابن المواز : وقال عبد الملك : للسيد أن يكره عبده على الحمالة ما لم يكن على العبد دين محيط بماله ، وقول ابن القاسم : لا يكرهه ، والأول أحب إلينا .

ومن « المدونة » : ومن باع من عبده سلعة بدين إلى أجل ، أو تكفل عنه بدين، فأداه عنه ، ثم باعه أو أعتقه ، فإن ذلك باق له في ذمته ، إلا أن ذلك عيب في المبيع ، فإن لم يبينه فالمبتاع مخير في الرضى بذلك أو رد البيع .

ومن له على عبده دين فأخذ منه كفيلاً ، لزم ذلك الكفيل ، لأن السيد يحاص به غرماء عبده .

في الحمالة بمجهول ، أو إلى أجل مجهول ، وفي ضياع ما اقتضاه الحميل

قد تقدم أن الحمالة بالمال المجهول جائزة كهبته ، لأنها معروف ، كقوله : ما ذاب لك قِبَلَ فلان فأنا ضامنه ، أو داين فلانًا ، فما داينته به فأنا ضامن ، إن ذلك يلزمه إذا ثبت مبلغه ، وصح ذلك عليه ، فكذلك الحمالة بالمال إلى أجل مجهول جائزة ، ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى .

قال ابن القاسم : ومن قال لرجل : إن لم يوفك فلان حقك ، فهو عليَّ ، ولم يضرب لذلك أجلاً ، تلوم له السلطان بقدر ما يرى ثم ألزمه المال ، إلا أن يكون الغريم حاضرًا مليًا .

وإن قال له : إن لم يوفك فلان حقك حتى يموت فهو عليَّ ، فلا شيء على الكفيل حتى يموت الغريم ، يريد : يموت عديمًا .

م : ولو مات الحميل قبل موت فلان ، وجب أن يوقف من ماله قدر الدين .

فإن مات المحمول عنه عديمًا أخذ المحمول له ذلك المال الموقوف .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : فلا بأس [ق /١٩/ ٥ب] أن يتكفل بمال إلى خروج العطاء ، وإن كان العطاء مجهولا ـ إن كان في قرض أو تأخير ثمن بيع ـ صححنا عقدته .

وإن كان في أصل بيع ، لم يجز إذا كان العطاء مجهولاً .

وقال في «كتاب السلم» فيمن أسلم في طعام ، وأخذ برأس المال حميلاً : أنه بيعٌ لا خير فيه .

قال سحنون : لأنه في أصل العقد .

ولو كانت الحمالة بعد العقد ، لم يفسخ البيع وفسخت الحمالة ، إلا أن على الحميل مثل رأس المال ، ثم يشترى به للطالب طعامًا ، فإن لم يكن فيه وفاء لم يلزمه غير ذلك.

م : وقد ثبت في السلم الثانى وجه كلام سحنون ، فأغنى عن إعادته .

فصل

قال في الكفالة : وليس للكفيل أخذ الغريم بالمال قبل أن يؤخذ منه ، إلا أن يتطوع به الغريم ، لأنه لو أخذه منه ثم أعدم الكفيل أو فلس ، كان للذى له الحق أن يتبع الغريم .

قال : وإذا دفع الغريم الحق إلى الكفيل فضاع ، فإن كان على الاقتضاء ضمنه الكفيل، قامت لهلاكه بينة أو لم تقم ، عينًا كان أو عرضًا أو حيوانًا ، لأنه متعدٍ .

وإن كان على الرسالة ، لم يضمنه وهو من الغريم حتى يصل إلى الطالب .

قال ابن المواز : والقول قول الحميل في ضياعه بلا بينة ، لأنه مؤتمن ، فإن اتهم حلف ، وقد تقدم هذا في السلم .

في الكفالة من البكر المعنسة وغير المعنسة وأفعالها ، وكفالة ذات الزوج وأفعالها في مالها

قال ابن القاسم : وإذا عنست الجارية البكر في بيت أبيها وآنس منها الرشد ، جاز عتقها وهبتها وكفالتها ، فإن كره الوالد قيل له : أهذا قول مالك ؟ قال : هذا [ ] .

إن ذلك ليس بجائز ، هو الذى يعرف .

قال ابن القاسم : وسئل مالك عن البكر المعنسة تعتق ، أجائز ؟

قال : إن أجازه الوالد .

وسئل ابن القاسم في باب آخر عن البكر التى عنست في بيت أهلها ، أتجوز كفالتها ؟

قال : قال مالك في هبتها وصدقتها : لا تجوز ، وكذلك كفالتها في هذا لا تجوز، لأن بضعها بيد أبيها .

م : يريد ، على قول مالك هذا .

قال ابن القاسم : وكان مالك يقول فيما وجدت في كتاب عبد الرحيم : إنها إذا عنست ، جاز أمرها .

واختلف في حد التعنيس ، فقيل : أقله : ثلاثون ، وقيل : خمسة وثلاثون ، وقيل: أربعون .

ابن حبيب : قال مطرف عن مالك في البكر المرشدة ، المرضية الحال ، الحسنة النظر : لا يجوز لها قضاء في مالها ببيع ولا غيره ، كان لها أب أو لم يكن حتى تبلغ أربعين سنة، وقاله ابن القاسم وأصبغ .

وقال ابن الماجشون : إذا لم يولى عليها بأب ولا غيره ، فإذا بلغت ثلاثين ، جاز قضاؤها في مالها من عتق وعطية وغير ذلك إذا كانت مرشدة .

وأما التى يولى عليها بأب ، أو وصى ، أو خليفة سلطان ، فلا يجوز لها قضاء.

فإن كانت في السن والحال كما ذكرنا حتى تنكح أو تعنس ، وأقل التعنيس أربعون سنة ، وبه قال ابن وهب وغيره ، وبه أقول [ق/ ١٥ / ٥أ] .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وأما البكر التى في بيت أبيها وقد حاضت إلا أنها لم تعنس ، فلا تجوز كفالتها ولا صدقتها ولا عتقها ولا شىء من معروفها ، وإن أجازه الوالد لم ينبغ للسلطان أن يجيزه ، وهى في هذا كالصبى والمولى عليه .

وإن أعطت لأبيها شيئاً من مالها لم يجز ذلك لها ، كما لو أعطت ذلك لأجنبى، ولا يجوز لها بعد البناء بيع ولا شراء ولا شىء من المعروف ، أجاز ذلك زوجها أو لم يجزه حتى يتبين رشدها .

فإذا عرف بعد البناء رشدها وصلاح حالها ، جاز بيعها وشراؤها في مالها كله وإن كره الزوج ، إذا لم تحاب ، فإن حابت أو تكفلت أو أعتقت أو تصدقت أو وهبت أو صنعت شيئًا من المعروف ، أن ذلك في ثلثها ، لأن كل معروف تصنعه ذات الزوج فهو في ثلثها ، وكفالتها معروف ، وهو عند مالك من وجه الصدقة .

فإن حمل ذلك كله ثلثها وهى لا يولى عليها ، جاز وإن كره الزوج ، لأن ذلك ليس بضرر .

وإن جاز الثلث ، فللزوج رد الجميع أو إجازته ، لأن ذلك ضرر ، إلا أن يزيد على الثلث كالدينار وما خف ، فهذا يعلم أنها لم ترد به ضرراً ، فيمضى الثلث مع ما زادت وقد سئل مالك عمن أوصى في جاريته أن تعتق إن حملها الثلث ، وإن لم يسعها الثلث فلا تعتق ، فزاد ثمنها على الثلث ديناراً أو دينارين ، فقال : لا يحرم العتق بمثل هذا .

قال ابن القاسم : وتغرم الجارية ما زاد على الثلث إذا كان يسيراً ، وإن لم يكن

معها أتبعها به الورثة دينًا .

قال أبو محمد : أنكره سحنون ، وقال : هذا من باب الاستسعاء ، وأخذ برواية ابن وهب أن ما زاد على الثلث فالزوج رد جميعه .

وقيل : يعتق جميعها ولا تتبع بشيء .

م : **قال بعض أصحابنا** : ولا يختلفون إذا أوصى بعتق جاريته ولم يقل : إن حملها الثلث ، فكان ثمنها يزيد على الثلث الدينار ونحوه أنه يرق ذلك المقدار منها ، وليست كمسألة « المدونة » ، لأنه شرط فيها : « إن حملها الثلث وإلا فلا » ، وقاله بعض شيوخنا .

وقال بعض أصحابنا من البغداديين : إنما قال مالك : لا يجوز لذات الزوج أن تتصدق أو تعتق أو تخرج شيئا من مالها بغير عوض فيما زاد على ثلثها ، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى أنه لا حق لزوجها في مالها لقوله ﷺ [ق / ٢٠ / ٥ب] « لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذنه » (١) ، وهذا نص ، وقوله عليه السلام : « تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها » (٢) ، وذلك يفيد أن للزوج حقًا في بقية المال ، ويبين ذلك أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب قلة مالها وكثرته ، كما يقل ويكثر بحسب قبحها وجمالها ، وإذا ثبت ذلك فليس لها إبطال غرض الزوج فيما لأجله رغب في نكاحها وزيد في صداقها، وإنما أجزنا لها الثلث لأن الحديث مقيد في المنع بما زاد عليه ، ولأن منعها فيه لأجل غيرها ، فأشبه المريض .

وقال ابن حبيب : إنما كان معروف ذات الزوج في ثلثها لما روى أن النبى ﷺ قال: « لا يجوز لامرأة أن تقضى في ذى بال من مالها إلا بإذن زوجها » فرأى العلماء أن ذا بال من مال ما جاوز الثلث ، وأجازوا لها القضاء في الثلث ، فلم تكن أسوأ حالا من المريض الذى قصره رسول الله ﷺ على الثلث .

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٤٧) والنسائي (٢٥٤٠) وابن ماجة (٤٣٨٨) وأحمد (٦٧٢٧) والبيهقى فى «الكبرى» (١١١١٥) وابن المبارك في «مسنده» (٢١٠) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

قال الألبانى : حسن صحيح .

(٢) أخرجه البخارى (٤٨٠٢) ومسلم (١٤٦٦) من حديث أبى هريرة .

ورواه مطرف وابن الماجشـون ، قالا : فمـا فعلت بأكثـر من الثلث من عتق أو صدقة أو هبة ، فهو مردود حتى يجيزه الزوج .

وقال ابن القاسم : هو جائز حتى يرده الزوج كـعتق المديان ، ورواه عن مالك ، وأنكر مطرف وعبد الملك هذه ، وقالا : الغرماء لا يصح لهم نكير إلا بإثبات البينات على الدين واغتراق الذمة ، وهذا زوج لا يكلف بالبينة ، فقد قال في الحديث : «لا يجوز لامرأة »، فهو مردود في الأصل .

وقال أصبغ بقول ابن القاسم : إن قضاء المرأة جائز حتى يرده زوجها .

قالا : فإذا قضت بالكثيـر ، فلم يعلم به الزوج حتى تأيمت بموته أو طلاقه ، أو علم فرده ولم تخـرجه عن ملكها حتى تأيمت ، فـذلك نافذ عليها ، وكالـعبد يعطى ويعتق ، فـلا يرد ذلك حتى يعتق ، إنه يلزمـه ، والغرماء دون عتق المديان للعـبد ، فلم يخرج من يده حتى أيسر ، إن العتق ماضٍ .

وقال ابن القاسم : إذا لم يعلم به الزوج حتى تأيمت حكم به عليها ، ولا يحكم به عليها إن كان الزوج قد رده .

م : وقول ابن القـاسم في ذلك كله أصوب ، وهو القيـاس ، لأنه إذا كان على قولهم على الرد حتى يجـيزه الزوج ، فينبغى إذا تأيمت أن لها الرجـوع فيه ، لأنه لم يزل مردودا، وقد أجمعوا أن ذلك ماض عليها إذا تأيمت ، فهذا يؤيد أنه لم يزل على الإجازة حتى يرد الزوج .

وقول ابن القـاسم أيضًا : إذا علم الزوج بعتـقها فـرده ، إن ذلك يرد ولا يعتق عليها بعد التأيم أصـوب ، وقد أجمعوا أن رده لهبتها رد ، ولا يلزمـها إمضاؤها بعد التأيم ، فكذلك ينبغى أن يكون عتقها وكرد السيد لعتق العبد ، هذا هو القياس .

وقال ابن حبيب : وإذا لم يعلم الزوج بما فات من عتق أو عطية حتى ماتت هى، أو لم يعلم السيد بفعل العبد حتى مات ، فذلك مردود ، لأن لهما الميراث .

وقال ابن القاسم : إن موت الزوج مثل التأيم ، فذلك ماضٍ ، وقال أصبغ بقوله في الموت ، وأما في التأيم ، فبقول مطرف وابن الماجشون .

وقال ابن حبيب بقولهما في كل شىء .

قال ابن حبيب : وقال ابن القاسم : ولو أعتقت ثلث عبد لا تملك غيره ، جاز ذلك، ولو أعتقته كله ، لم يجز منه شيء ، وهو قول ابن أبي حازم .

وقال ابن الماجشون ومطرف : بل عتقها في الوجهين ، لأنه كأنها أعتقه كله بعتق بعضه لإيجاب النبي ﷺ تتميم العتق على معتق شقص ، فكيف بمن يملك جميع العبد ؟ فلما منع الزوج من عتق الجميع رد كله ، ورويا ه كله عن مالك وعن المغيرة وابن دينار وغيرهم .

قال مطرف وابن القاسم عن مالك : وإذا دبرت عبدها ، فذلك ماضٍ لا رد للزوج فيه ، إذ لم يزل في ملكها ، وإنما منعت من بيعه وقد كان لها ألا تبيعه بلا تدبير ، وقاله أصبغ ، وبه أقول .

وقال ابن الماجشون : لا يتم ذلك إلا بإذنه ، وهو كعتقه ، وقد منعت نفسها من البيع إن أرادته بعد ذلك .

ومن «المدونة» : وقال المغيرة في ذات الزوج تزيد في عطيتها على الثلث : إنه يجوز منه الثلث كالوصايا .

وقال غيره : ليس [ق/ ١٦/ ٥أ] كالوصية ، إذ قد تجوز وصية من لم يبلغ الحلم، أجازها عمر بن الخطاب وأبان وغيرهم ، ولا يجوز منعه في صحته في قليل مال ولا كثيره ، فحكم المرض غير حكم الصحة .

ابن حبيب : قال ابن الماجشون : وإذا أعطت أو تصدقت بأكثر من الثلث ، رد منه الزائد على الثلث .

وأما في عتق العبد ، فيرد جميعه لئلا يعتق بعض عبد [ ] فيخالف السنة ، ورواه عن مالك .

وقال مطرف : ما علمت مالكًا فرق بين ذلك ، وذلك مردود إلا أن تقتصر هي على الثلث ، وقاله ابن القاسم ، وبقول ابن الماجشون أقول .

وقال مطرف وابن الماجشون وأشهب عن مالك : إذا تصدقت بالثلث فأقل على وجه الضرر بالزوج والسفه ، أنه يرد ذلك كله ، وبه أقول .

وقال ابن القاسم : وذلك ماضٍ [ق / ٢١ / ٥ب] لها على أى وجه كان ، وقاله أصبغ .

وقال مطرف وابن الماجشون : ولها أن تنفق على أبويها وتكسوهما وإن جاوزت الثلث ولا قول للزوج ، لأن الحكم يوجبه عليها ، وقاله أصبغ .

قال أصبغ : وإذا أعتقت رأسًا من رقيقها ، ثم رأسًا ، ثم رأسًا ، والزوج غائب ثم قدم ، فإن كان بين ذلك أمد قريب حتى كأنها [ ] (١) . تجويز الكثير من مالها ، مثل أن يكون بين ذلك اليوم واليومين ، فإن حمل جميعهم الثلث ، وإلا رد جميعهم كعتقها إياهم في كلمة .

وإن كان بين ذلك بعد ، مثل شهر أو شهرين ، جاز الأول إن حمله الثلث ، ورد ما بعده وإن حمله الثلث مع الأول ، لأن مخرجه الضرر . وإن تقارب ما بين الوقتين مثل ستة أشهر ، فهو عتق مؤتنف ، يبتدأ لها فيه نظر الثلث في كل وقت .

م : قوله : فإن كان بين ذلك مثل شهر أو شهرين ، جاز الأول إن حمله الثلث ورد ما بعده وإن حمله الثلث مع الأول ، لأن مخرجه الضرر ، ليس بصحيح ، وينبغى أن يجوز كعتقها إياهما في كلمة لا فرق ، إلا أن يعلم أنها قصدت الضرر ، فيدخله الاختلاف الذى تقدم له قبل هذا .

قال أصبغ : وإذا تصدقت بشوار بيتها وهو قدر الثلث فأقل ، فقال الزوج : لا تقربى بيتى ، فذلك ماضٍ صحيح ، وتؤمر هى أن تعمر بيتها بشوار مثلها .

وكذلك لو تصدقت قبل البناء بصداقها ، وهو دون الثلث وهى ثيب ، إن ذلك ماضٍ ، وتؤمر أن تجعل مثله من مالها في شورة تدخل بها .

ومن « العتبية » : قال أصبغ عن ابن وهب في العبد له المرأة الحرة : إنه ليس له منعها من القضاء في ثلثى مالها ، ولها أن تتصدق بمالها كله ولا كلام له .

قلت : قد يعتق ؟

قال : ما اتفق الناس بالحر ، فكيف بالعبد ؟

---

(١) قدر كلمة لم أتبينها .

قلت له : فهو رأيك في الحر أن له منعها إلا من الثلث ؟

قال : هو أحب إليَّ .

قال : وأما الأمة تحت الحر ، فليس له عليها حـجرة ، لأن مالها لسيدها ، وهى لا تختلع إلا بإذنه .

قال أصبغ : أما قوله في الحرة تحت العـبد ، فليس بشىء ، وله ما للحر ، وهو زوج وهو حق له .

وقال أشهب وابن نافع عن مالك مثله .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا حلفت ذات الزوج بعتق رقـيقها ، فحنثت ، والثلث يحملهم عتقوا .

وإن كانوا أكثر من ثلثها ، فللزوج رد ذلك ولا يعتق منهم شىء .

قال : وإن مات زوجها أو طلقها ، رأيت أن تعتقهم بغير قضاء .

قال : وهى في عطيتها لأبويها كعطيتها لأجنبى .

قال ابن القاسم : وإذا أجاز الزوج كفالة زوجته الرشيدة في أكثر من الثلث جاز، تكفلت عنه أو عن غيره .

وإن تكفلت عنه بما يغترق جـميع المال فلم يرض الزوج ، لم يجز من ذلك ثلث ولا غيره .

قال مالك : وتجوز عطيتها لزوجها جميع مالها إذا لم تكن سفيهة .

وإن تكفلت بزوجـها ، ثم ادعت أنه أكرههـا على ذلك ، لم تصدق ، ولزمـها ذلك وإن أحاط بمالها إذا كانت مرضيـة ، إلا أن يعلم ذلك وتقوم عليه بينة ، فيسقط عنها .

قال مالك : ولو كانت المرأة أيمًا لا زوج لها ، فلهـا أن تتكفل بمالها كله وتعطيه إذا لم يول عليها .

وفي «كتـاب محمد» عن أشـهب فرق بين حمـالتها بزوجهـا لأجنبى وحمالتـها

لزوجها ، فقال : أما حمالتها بزوجها لأجنبى ، فذلك لازم لها ولا يقبل قولها كنحو ما تقدم في « المدونة » ، إلا أن يكون صاحب الحق عالمًا بإكراهها ، أو تقوم لها بينة بأن زوجها أكرهها .

قيل له : فإن أنكر صاحب الحق أن يكون عالمًا بذلك .

قال : أما القريب الجوار ، فإنه يحلف ، فإن نكل حلفت المرأة لقد علم ، وبرئت ، وأما غير الجار ومن لا يمكنه علم ذلك ، فلا يمين عليه .

قال أشهب : وأما حمالتها لغير زوجها ، فإنه ينظر في ذلك ، فإن كان ظاهر الإساءة بالبينة العادلة وقلة ورعه وقهريته وتحامله عليها بما لا يحل معروف إن لم يفعل ركبها بما لا يحل ، فإن الحمالة ساقطة عنها إذا هى حلفت وإن كان غير ذلك حلف الزوج ما أكرهها ولا أخافها ، ولزمتها الحمالة ، وبالله التوفيق .

كتبت في آخر كتاب الحوالة بيان حساب مسألة الستة الحملاء .

قال محمد بن يونس : قد تقدم عقد هذه المسألة وبيان وجوهها ، وإنا نبين وجه حسابها بتوفيق الله وعونه .

قال : إذا كان لرجل ستمائة درهم على ستة رجال ، على أن بعضهم حميل ببعض بجميع المال ، فإذا لقى أحدهم أخذه بستمائة درهم ، مائة عن نفسه وخمسمائة بالحمالة .

ثم إن لقى الغارم الستمائة أحد أصحابه أخذه بمائة أداها عنه وبنصف الأربعمائة التى أداها عن الباقين ، لأنه حميل معه بهم لجميع ما يأخذه منه ثلاثمائة ، ثم إن لقى ثانيا قال له : غرمت ثلاثمائة عن نفسى ومائتين بالحمالة عن أربعة أنت أحدهم، يلزمك في خاصيتك خمسون ، وتبقى مائة وخمسون أنت معى بهم حميل ، عليك نصفها خمسة وسبعون لجميع ما يأخذ منه مائة وخمسة وعشرون ، فصار جميع ما أخذ من صاحبه أربعمائة وخمسة وعشرون ، وبقى له مما أدى بالحمالة خمسة وسبعون .

ثم إن لقى ثالثًا قال له : أديت بالحمالة خمسة وسبعون على ثلاثة أنت أحدهم،

فهلم ثلثها خمــسة وعشرون ونصف ما يبقى ، لأنك معى به حمــيل لجميع ما يأخذه منه خمسون ، وبقيت له خمسة [ق / ٢٢/ ٥ب] وعشرون ثم إن لقى رابعًا قال له: بقى لى مما أديت بالحمالة خمسة وعــشرون، هى عليك وعلى صاحبك الباقى ، فهلم نصفها اثنى عشر ونصف ، ونصف باقيها بالحمالة وذلك ستة وربع ، فجميع ما يأخذ منه ثمانية عشر وثلاثة أرباع ، وهى له مما غرم ستة وربع ثم إلخ .

وقد كتبتها كاملة في آخر كتاب الحوالة ، فافهم ذلك وضع كل شيء في محله .

تم «كتاب الحمالة» من « الجـامع » لابن يونس بحمد الله ، وحسن عونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحوالة

جامع القضاء في الحوالة [ق/ ١٧/ ٤٥ أ]

الأصل في جواز الحوالة قول النبي ﷺ : « **مطل الغنى ظلم ، ومن أتبع على ملى فليتبع** » .

م : ولم يختلف في جوازها ، وهى في الحقيقة بيع الدين بالدين ، فاستثنيت منه ، لأنها معرف كاستثناء العارية من بيع الرطب بالتمر .

قال أبو محمد : وقوله عليه السلام : « **ومن أتبع على ملى فليتبع** »، على الندب ـ والله أعلم ـ يدل عليه قوله : « **مطل الغنى ظلم** » ، فإذا أحاله فلم يرض فقد مطله ، لأنه ملى بتعجيل حقه .

وإن كان يلزمك حوالة بغير رضاك لكان لكل من أحلت عليه أن يحيلك إلى ما لا نهاية ، أو يحيلك على ملى ظالم أو سلطان ونحوه ، فهذا من الضرر ، ومن ناحية المطل الذى جعله الرسول ﷺ ظلمًا .

ومن « المدونة » وكتاب محمد : قال مالك : لا تكون حوالة إلا على أصل دين وإلا فهى حمالة .

م : قال غيره : لأن حقيقة الحوالة بيع الدين ، وذلك يقتضى أن يكون ثمَّ دين تحمل الحوالة به .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون : الحوالة جائزة وإن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين ، وبه أقول لقوله ﷺ : « **ومن أتبع على ملى فليتبع** » .

ومن « العتبية » : قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في المطلوب يذهب بالطالب إلى غريم له ، فيأمره بالأخذ منه ، ويأمر الآخر بالدفع إليه ، فيتقاضاه ،

فيعطيه البعض أو لا يعطيه شيئا ، أن للطالب أن يرجع على الأول ، لأنه يقول : ليس هذا احتيالا بالحق ، إنما أردت أن أكفيك التقاضى ، وإنما وجه الحق أن تقول : أحلتك بحقك هذا عليَّ وأبرئ إليك بذلك .

قال بعض الفقهاء : وإذا مات المحال عليه ، فقال المحال : أحلتنى على غير أصل دين، وقال المحيل : على أصل دين .

قال : هو حق له ثابت حتى يتبين أنه أحاله على غير أصل دين .

قال : لأن أصل الحوالة براءة للذمة ، وأنها على غير أصل دين ، فمن ادعى بعد قبوله الحوالة أنها على غير أصل دين ، لم يصدق ، قيل : فإن أحاله ، ثم أنكر المحال عليه أن يكون عليه دين ، هل يكون ذلك غيبا في الحوالة ، لأن المحال يقول: لو علمت أن ليس عليه بينة ما قبلت الحوالة عليه فالأظهر أن لا مقال له ، لأنه فرط حين أحاله وهو حاضر مقر إذا لم يشهد عليه ، ولكن لو لم يحضر فقبل الحوالة عليه، فلما حضر أنكر ، لا ينبغى ألا تلزمه الحوالة .

وكذلك إن مات قبل أن ينكر ، فذلك كالعيب في الحوالة ، كما جعله إذا غر من فلس المحال عليه عيبًا ترد به الحوالة ، انظر وهم يقولون : لو بعث سلعة من إنسان فوجدته عديمًا مفلسًا أن ذلك ، لم ينقض البيع .

م : والفرق أن الحوالة إنما هى بيع دين بدين ، وإنما جازت الرخصة التى وردت فيها، وشراء الدين لا يجوز حتى يعرف ملاء الغريم من عدمه ، لأنه شراء لما في ذمته ، فإذا وجد ذمته معيبة كان له الرد ، كسلعة اشتريت فوجدت معيبة ، والذى باع السلعة لم يقضيا ثراء ما في ذمته فيردها بعيب ويجده فيها ، والله أعلم .

وفي كتاب محمد فيمن له عند رجل وديعة وعلى صاحب الوديعة دين لرجل ، فأحال صاحب الدين على المودع ، وقال المودع : هى لك عليَّ حتى أدفعها إليك ، فذهب ليدفعها إليه فوجدها قد ضاعت عنده .

قال : هو مصدق في الضياع ولا شيء عليه فيها ، غير أنه ضامن للطالب لما ضمن له، يدفع ذلك إليه أو قيمتها إن كانت سلعة ، إلا أن يكون دينه أقل فيدفعه

إليه ، ويرجع به على صاحبها .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أحالك غريمك على من له عليه دين ، فرضيت بإتباعه ، برئت ذمة غريمك ، ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه أو عدمه.

عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : له الرجوع إن مات المحال عليه أو فلس أو جحد الحق .

ودليلنا : قوله ﷺ : « ومن أحيل على ميت فليتبع » ، فأطلق ، ولأنها حوالة برئت ذمة المحيل بها ، فلم يكن له الرجوع عليه أصلاً إذا لم يتغير حاله .

ومن « المدونة » : ولو غرك غريمك من عدم يعلمه بغريمه أو بفلس ، فلك طلب المحيل .

م : لأن المحال إنما أبرأ الغريم على أن يسلم له ذمة مليه ، فإذا غره من عدمها ، فقد دلس له بعينها [ق /٢٣ / ٥ب] فوجب له الرجوع فيما دفع عوضًا عنها ، وهى ذمة غيره .

قال مالك : ولو لم يغرك أو كنتما عالمين بفلسه ، كانت حوالة لازمة لك ، فإن لم يقض ما أحالك به حتى فلس المحيل أو مات ، فلا دخول لغرمائه معك في ذلك الدين ، لأنه بيع نقد ، وإنما تجوز الحوالة إذا حل ما يحيل به ، أحلت على ما قد حل أو لم يحل إذا كان في صفته وجنسه ، وهى السنة عند مالك وأصحابه ، ودل على ذلك قول النبى ﷺ : « **مطل الغنى ظلم ومن أتبع على ملىّ فليتبع** » والمطل لا يكون إلا بعد حلول أجل الدين .

فأما إذا لم يحل دينك ، فلا تحيل به على دين قد حل أو لم يحل ، ويصير دينًا بدين وقد جاء النهى عنه .

قال مالك : وإن أحالك على من ليس له قبله دين ، فليست حوالة ، وهى حمالة سبيلها سبيل ما وصفنا في الحمالة .

قال ابن القاسم : ولو علمت حين أحالك عليه أنه لا شىء للمحيل عليه ، وشرط عليك المحيل براءته من دينه فرضيت ، لزمك ولا رجوع لك على المحيل إذا

كنت قد علمت ، وإن لم تعلم فلك الرجوع .

وروى ابن وهب عن مالك فيمن قال لرجل : حرق صحيفتك على فلان واتبعنى بما فيها من غير حوالة له بدين ، كان له عليه الحمالة هكذا ، فأتبعه حتى فلس الضامن أو مات ولا وفاء له : إن للطالب الرجوع على غريمه الأول ، لأن المحتمل إنما هو رجل وعد رجلاً أن يسلفه ويقضى عنه ، فكل شيء كان من الحمالة ، فلم يقض لفلس أو نحوه ، فهو يرجع ، وإنما يثبت من الحول ما أحيل به على أصل دين، وبه أخذ سحنون .

م : ذكر ابن المواز قول ابن القاسم هذا عن أصبغ عن ابن القاسم هنا سواء .

وقال محمد بعقب كلام ابن القاسم : إلا أنه إن فلس المحال عليه قبل أن يدفع [ق / ٢٨ / ٥أ] للمحتال حقه ، فليرجع المحتال على من أحاله ، لأنه لو دفعه المحال عليه إليه كان له الرجوع به على المحيل .

ولقد روى أشهب عن مالك أنه إذا فلس المحال عليه أو مات ، فليرجع المحال على المحيل ، إلا أن يكون أحاله على أصل دين ، فلا يرجع على الأول .

قال : وما لم يفلس أو يموت ، فليس له أن يأتى من الدفع إلى المحال عليه .

م : ويحتمل أن يوفق بين هذا وبين قول ابن القاسم في « المدونة » ويكون بمعنى قول ابن القاسم : لا رجوع لك على المحيل ، يريد : ما لم يفلس أو يموت ، وعلى هذا تأوله محمد ، واحتج بأنه لو دفعه المحال عليه لكان له به الرجوع على المحيل .

م : فيصير على هذا التأويل قول ابن القاسم ورواية ابن وهب في « المدونة » ورواية أشهب متفقة ، والله أعلم .

م : وتأول بعض فقهاء القرويين أن معنى قول ابن القاسم في قوله : خرق صحيفتك وأتبعنى بما فيها ، إن ذلك حمل ، فلا رجوع له على الحميل ، ومعنى ما أراد ابن وهب : أنه ليس بحمل إلا أنه كأنه شرط أن يبدأ بطلب المحال عليه ، فلما مات ولم يوجد عنده شيء رجع على الذى عليه الدين .

ووقع في« المدونة » لفظان في الحوالة « على غير أصل مال » ، فجعل مرة ذلك

حمـالة يبدأ بالـــذى عليه الدين ، فـإن لم يوجد عنده شىء رجع عـلـى الذى تحول عليه.

ومرة بدأ بالحميل ، كأنه شرط التبدئة به .

ولأشـهب في شرطه أن يأخـذ أيهمـا شـاء ، أنه لا يأخذ الحـميل إلا في عـدم الغريم، ونقله عن مالك ابن حبيب .

وقال مطرف عـن مالك : إذا شـرط الغريم على الحـميل ، إن حـقى عليك لا أطلب به غريمـى لشر عرف منه ، أو قـبح مطالبتـه ، أو لامتناع سلطان ، فـالشرط جائز، وحقه عليه حضر الغريم أو غاب ، في ملائه أو عدمه ، إلا أن يشاء أن يرجع على غريمه .

وقال ابن الماجشون : والشرط باطل ، وهى حمالة لا يطالب الحميل إلا في عدم الغريم أو غيبـته ، وهى سنة الحمالة حتى تسمى الحوالة ، فيـقول : احتال عليك من حـقى ، فحـينئذ يكون حـقه علـيه لا يرجع به على الأول ، ومـا دام له الخيـار في الرجوع إلى الأول فهى سنة الحمالة .

وقال أشهب وابن كنانة مثله : إنه كالحميل .

وقال ابن عبد الحكم وأصبغ مثل رواية مطـرف عن مالك ، ويقولان : رواه ابن القاسم عن مالك ، وبه أقول .

ابن المواز : ومن ضمن حـقًا وشرط للطالب أن يأخـذ من شاء بحقـه ويبدأ بمن شاء، فقال ابن القاسم : له أن يأخذ من شاء ، وقاله أصبغ .

وقال أشهب : ورواه عن مالك فيـمن كتب حقه على رجلين على أن يأخذ الحى عن الميت ، والحاضر عن الغـائب ، وأيهما شاء أخذ بحـقه ، فليس له أن يأخذ هذا ويبيع داره والآخر حاضر ملى ، وأما في عدم صاحبه أو غيبته ، فذلك له .

فصل

ومن « كتاب محمد » : عن مالك وقاله ابن القاسم فيـه وفي « العتبية » : ومن أحالك بدين على رجل ثم تبـين أنه ليس له عليه إلا بعضـه ، فإنه يتم الحوالة فيـما

ساوى ماله عليه ويصير الباقى حمالة يتبع بها أيهما شاء .

قال ابن المواز : إذا كان لغريمك عليك خمسون دينارًا فأحالك عليه بمائة ، فمات الحميل وعليك لغيرك مائة ، وترك مائة ، والذي أحالك غائب ، فالذى مات يحل ما عليه من دين ومن حمالة ، فإنك تحاص غرماؤه بالمائة كاملة ، فنصيبك بالحصاص خمسون ، فمنها خمسة وعشرون عن الحول ، وخمسة وعشرون عن الحمالة وما كان منها للحمالة صار دينًا للميت على المحيل الغائب ، ولك أنت بقية الخمسين التى هى حمالة ، وذلك خمسة وعشرون ، والميت أيضًا لك [ق / ٢٤/ ٥ب] بها حميل ، وبقى لك على الميت خمسة وعشرون بالحول لا ترجع بها على أحد ، فإذا قدم الغائب أخذت منه الخمسين التى عن الحمالة كلها لنفسك والميت ، فترد على الميت منها الخمس والعشرين التى كنت أخذت منه في الحاصة بسبب الحمالة فالذى صار للميت منها تضرب فيه أنت بما بقى لك على الميت من الحول خاصة ، وهى خمسة وعشرون ، إذ لم يبق لك من الحمالة شيء ، ويضرب غرماء الميت بما بقى لهم .

يريد محمد : وهو خمسون ، فتأخذ أنت ثلثها وهم ثلثيها .

ابن المواز : وإن لم يؤجله في مال القادم إلا خمسة وعشرون ، لزمك رد نصفها، وهى اثنا عشر ونصف إلى الميت ، ثم تحاص أنت فيها غرماؤه بما بقى لك من الحول والحمالة ، وقد بقى لك عن الحول خمسة وعشرون ، وعن الحمالة اثنى عشر ونصف ، لأنه لما رجع إليك من مال القادم خمسة وعشرون ، صار كأنه لم يجب لك على الميت بالحمالة إلا خمسة وعشرون ، وبها كان ينبغى أن تحاص ، فكان نصيبه لك اثنى عشر ونصف ، إذا صار لكل غريم نصف حقه ، فعليك أن ترد اثنى عشر ونصف ، لأنك أخذت خمسة وعشرين ، ثم تحاص فيها أنت وغرماء الميت ثانية كفضلة من ماله فتضرب أنت فيها بما بقى لك من الحول ، وذلك خمسة وعشرون ، ومن الحمالة وهو اثنى عشر ونصف فذلك سبع وثلاثون ونصف ، تحاص بها غرماؤه في الاثنى عشر ونصف ، فما نابك فثلثاه للمحول وثلثه للحمالة وتبقى الحمالة دينًا للميت على المحيل .

قال : وإن لم يوجد للقادم إلا عشرون ، أو كانت هى التى أصابتك في

الحصاص بغير سهم غرماء القادم ، فينبغى أن يرد عشرة ، تحاص أنت فيها بما بقى لك ، وغرماء الميت بما بقى لهم ، ويبقى لك بالحمالة خمسة عشر ، ومن الحول خمسة وعشرون ، فذلك أربعون ، فما صار لها منها بخمسة أثمانه عن الحول ، وثلاثة أثمانه عن الحمالة ، وإنما رددت الآن العشرة لأنك لما أخذت العشرين من مال القادم عن الحمالة ، علمنا أن بثلاثين كان ينبغى أن تحاص من الخمسين التى للحمالة في مال الميت فتتمسك بنصف ثلثى خمسة عشر من الخمسة وعشرين التى كانت دفعت لك في المحاصة أولاً بسبب الحمالة ، لأن كل غريم أخذ نصف حقه أولاً ، وترد عشرة فيكون فيها الحصاص .

م : وهذا على عمل يحيى بن عمر في مسألة الزرع للرهن الذى لم يبدو صلاحه يفلس صاحبه ، فيحاصص فيما بيده ، فإذا حل بيع الزرع كان ما يأخذ من ثمنه مثل ما يقبض من الغريم الغائب ، فاعلم ذلك .

وقد زدت في هذه المسألة بعض بيان ، والله الموفق .

ومن «المدونة» و « كتاب محمد » فإذا أحلت غريمك على ثمن عبد أو سلعة بعتها من رجل وهو ملى ، ثم استحقت السلعة أو العبد أو ردهما بعيب ، فقال ابن القاسم : الحول عليه ثابت يؤديه للمحال عليه ويرجع به عليك .

قال : وبلغنى ذلك عن مالك .

ابن المواز : وقال أشهب : الحول ساقط ، ويرجع غريمك عليك ، وكذلك لو قبض ما أحلته به لرجع عليك به من دفعه إليه .

قال ابن المواز : وهذا أحب إلينا ، كما لو بيع على مفلس أو ميت متاعه ، وقبض غرماؤه من متولي بيعه أو من [ق/ ١٩/ ٥أ] المشترى بحوالتهم عليه ، ثم استحق ما بيع ، فليرجع المشترى بالثمن على من قبضه ، وهذا قول أصحاب مالك كلهم .

م : **ووجه قول ابن القاسم** : أنه لما أحاله صار ذلك حقًا للمحال على المشترى واجب عليه دفعه إليه ، وإن عهدته على البائع منه ، فمتى وقع الاستحقاق ، أو رد بعيب وجب له الرجوع على بائعه ، كما قال : إذا وهبت المرأة صداقها قبل

الدخول، ثم طلقهـا الزوج، فإن كانت موسرة ، مـضى ذلك للموهوب وغرمت هى ذلك للزوج .

وقيل عنه : إن هبتها لا تجوز ، لأن الغيب كشف أنها وهبت مالاً ، فيجب على هذا أن لا يدفع المشترى للمحال شيئًا ، لأنه أحاله فيما لا يملكه مثل قول أشهب .

وقال ابن القاسم في «كتاب محمد» و « العتبية » فيمن باع عبدًا بمائة دينار ، ثم تصدق بها على رجل وأحاله بها ، وأشهد له ، فاستحق العبد ، أو رد بعيب .

قال : إن قبض المتصدق عليه الثمن وفات بيده ، لم يرجع عليه المشترى بشىء ، ويرجع على البائع ، كما لو قبضها المتصدق ثم تصدق بها .

قال : ولو لم يفت الثمن بيد المعطى كان للمـشترى أخذه ، ثم لا يكون للمعطى شىء.

م : جـعل هنا أنه وهب مـا ظـن أنه ملكه ، فكشف الغـيب أنـه ليس بملكه ، فجـعله إن لم يقبض أو قـبض ولم يفت رد ، فإن فـات مضى ، وقـيل : إن قبض مضى كما قال في هبة الزوجة صداقهـا ، ولا يبعد أن يقال : إذا فات بالهبة مضى ، كما قال : إذا فات بالحوالة مضى .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابـن القاسم : ومن اكتـرى دارًا سنة بعشـرة دنانير على أن يحـيله بها عـلى رجل ليس له عليـه دين ، جاز . وكـانت حـمالة جـائزة ، وليس للمكترى طلب الحميل إلا في فلس المكترى أو في موته عديمًا .

وإن اكتراها منه ثم أحاله بالدنانيـر قبل السكنى على رجل له عليه دين جاز ذلك إن كان الكراء عندهم بالنقد أو شرطوه .

وإن لم يشرط ولا كانت [ق / ٢٥ / ٥ ب] سنتهم بالنقد لم يجز ، لأنه فسخ دين لم يحل في دين ، حل أو لم يحل .

قال مـالك : ولا بأس أن تكتري من رجـل داره أو عبده بدين لك ـ حـال أو مؤجل ـ

على رجل آخر مقر حاضر ، وتحيله عليه إن شرعت في السكنى والخدمة .

قال بعض الفقهاء القرويين : انظر ما معنى قوله : إن شرعت فيا لسكنى ، وهو يجيز كراءك لها بدين عليك إلى أجل وإن لم تشرع في السكنى .

م : وإنما قال ذلك لأن الحوالة من وجه فسخ الدين في الدين ، وهو عندهم أشد من بيع الدين بالدين ، ألا ترى أنه يجوز تأخير رأس مال السلم اليوم واليومين، ولو أسلمت إليه في عرض ، ثم بعته منه لم يجز أن تؤخره يومًا أو ساعة ، لأنه فسخ دين في دين ، فلذلك فرق بين كرائك الدار بدين لك على رجل آخر وبين اكترائك لها بدين عليك ، فلم يجزه في الحوالة إلا إن شرع في السكنى ، وأجازه في كرائك بدين عليك وإن لم تشرع في السكنى ، والله أعلم .

قال ابن أبي زيد : لا يجوز ، وقاله ابن القاسم في سماعه عن مالك .

قال ابن المواز : واختلف قول مالك في الإجارة والكراء بالدين .

فصل

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : وإن أحالك مكاتبك بالكتابة له ، وله عليه مقدار ما على المكاتب الأعلى ، فلا يجوز ذلك إلا أن تثبت أنت عتق الأعلى .

م : يريد ، فإن لم تحل كتابة الأعلى ، فيجوز لشرطه تعجيل العتق ، كما لا تجوز الحمالة بالكتابة إلا على شرط تعجيل العتق .

قال ابن القاسم : فإن عجز الأسفل كان لك رقًا ، ولا ترجع على المكاتب الأول بشيء ، لأن الحوالة كالبيع ، وقد تمت حريته .

م : **قال بعض الفقهاء** : يجب أن يكون اسم الحوالة براءة لذمة المكاتب من بقية الكتابة ، وإذا برئت ذمة المكاتب من الكتابة وجب أن يكون حرًا من غير تجديد عتق كأدائه الكتابة ، فكان يجب على هذا إذا رضي سيده بالحوالة على مكاتبه أن يكون حرًا بنفس الحوالة .

فإن عجز الأسفل كان له رقًا ، لأن الغرر فيما بين السيد وعبده في هذا جائز ، كما يفسخ ما عليه من الدراهم في دنانير إذا عجل عتقه ، فهذا وإن أحاله بكتابة فعادت رقبته ، جاز ذلك بينه وبين عبده لما بينا ، بخلاف أن تحيل رجلاً بدين له عليه على كتابة مكاتب ، فهذا لا يجوز ، لأن الحوالة رخصة لإنهاء الدين بالدين ، فلا يعدى بها ما حقق منها وهو أن تحيله على مثل الدين صفة ومقدارًا ، والقياس أيضًا في المكاتب أن تجوز حوالته بالكتابة وإن لم تحل إذا احتال بجملتها أو تأخر نجم منها، وتكون نفس الحوالة موجبًا لتعجيل العتق ، وهذا هو قول غير ابن القاسم ، وهو أبين.

قال : وقد اختلف في فسخ الكتابة في غيرها من غير تعجيل فأجيز وكره ، واتفق ـ أى أحد الشريكين ـ أنها تجوز .

وإن لم يتعجل نصيب المقاطع لعدم قدرته على تعجيل عتقه وأنه فعل أكثر مما تقدر عليه من رفع يده عما كان يقدر عليه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولا تجوز حمالة بكتابة إلا على تعجيل العتق .

وأما الحوالة ، فإن أحالك على من لا دين له قبله لم يجز ، أنها حمالة .

وإن كان لـه عليه دين ـ حل أو لم يحل ـ جازت الحوالة إن كانت الكتابة قد حلت ، ويعتق مكانه .

وكذلك إن حل عليه نجم ، فلا بأس أن يحيلك به على من له عليه دين ، حل أو لم يحل ، ويبرأ المكاتب من ذلك النجم ، فإن كان آخر نجومه ، كان حرًا مكانه .

وإن لم يحل النجم لم يجز أن يحيلك به على من له عليه دين حال ، لأن هذا ذمة بذمة وربا بين السيد وبين مكاتبه .

وكذلك إن لم تحل الكتابة ، لم تجز الحوالة بها وإن حل الدين ، لأنه فسخ دين لم يحل في دين حل أو لم يحل .

وقال غيره : تجوز الحوالة ويعتق مكانه ، لأن ما على المكاتب ليس بدين ثابت، وكأنه عجل عتقه على دراهم نقدًا أو مؤجلة ، والكتابة دنانير لم تحل ، وكمن قال

لعبده : إن جئتنى بألف درهم فأنت حر ، ثم قال له : إن جئتنى بخمسمائة درهم ، أو بعشرة دنانير فأنت حر ، فإن جاء بها كان حرًا ، ولم يكن بيع فضة بذهب ولا فسخ دين في أقل منه ، وكأنه لم يكن قبله إلا ما أدى ، وبه أخذ سحنون.

م : وبه أقول .

وقال ابن القاسم : لا ينبغى لأن مالكًا كره للسيد بيع الكتابة من أجنبى بعرض أو غيره إلى أجل ، ووسع في هذا بين السيد وبين مكاتبه ، فلما كره مالك ذلك بين السيد وبين الأجنبى من قبل أنه دين بدين ، كرهنا الحوالة أيضا إذا لم تحل الكتابة ، لأنه دين بدين .

قال مالك : وسمعت بعض أهل العلم يقولون : الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين.

م : واعترض قول ابن القاسم بعض أصحابنا ، بأن قال : الحوالة أمر بين السيد وبين مكاتبه أسقطت عنه الكتابة واعتاض ما له في ذمة الأجنبى ، فلم يقع بين السيد وبين الأجنبى مبايعة .

وأما بيع الكتابة من الأجنبى بعوض فهذا مفترق .

وقال عن بعض شيوخنا القرويين : إنما يختلف ابن القاسم وغيره إذا سكتا عن شرط تعجيل العتق أو عن بقائه مكاتبًا ، فعند ابن القاسم يفسخ ما لم يفت بالأداء ، وعند غيره يحكم بتعجيل العتق وأما لو أحاله بشرط تعجيل العتق ، ولا يختلفان أن ذلك جائز .

وكذلك بشرط ألا يعتق ، لا يختلفان أن ذلك لا يجوز ، فإن وقع الأمر مبهمًا اختلفا.

تم « كتاب الحوالة » بحمد الله وحسن عونه [ق / ٢٦ / ٨ب] وتوفيقه من «الجامع » لابن يونس ، وحسبنا الله وحده ونعم الوكيل ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، عفا الله لكاتبه ، ومن قرأ فيه ، ومن حضره ، وجميع المسلمين .



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المأذون

في أحكام العبد المأذون له في التجارة، وغير المأذون له

قال ابن القاسم : من خلَّى بين عبده وبين التجارة ، تجر فيما شاء ولزم ذمته ما داين الناس به من جميع أنواع التجارة ، لأنه أقعده للناس ، ولا يدرى الناس لأى أنواع التجارة أقعده ، وسواء أذن له في شيء مخصوص أو غير مخصوص .

وأما إن أقعده ذا صنعة ، مثل قصار ونحوه ، فلا يكون ذلك إذنًا في التجارة ولا في المداينة فيها .

وكذلك إن قال لعبده : أدى إليَّ الغلة ، فليس بمأذون له في التجارة .

ومن « العتبية » : قال أصبغ عن مالك : ومن استأجر عبده بمال ، وأمره ألا يبيع ولا يشترى إلا بالنقد ، فداين الناس ، إنهم أحق بما في يديه وإن لم تكن هى أموالهم بعينها .

قال أصبغ : لأنه مأذون حين أطلقه على البعض ، وكمن أذن له أن لا يتجر إلا في البر ، فتجر في غيره فلحقه دين ، أنه يلزمه لأنه نصبه للناس ، وليس على الناس أن يعلموا ما نصيبه له .

قال ابن القاسم : فإن قصر ما في يديه ، فإنى أستحسن أن يكون ما بقى في ذمته، وقاله أصبغ استحسانًا ، وفيها ضعف .

قال سحنون : هو كما شرطه ، فليس له أن يتعداه ، ألا ترى لو أعطاه قراضًا كان به مأذونا ، وحكم القراض أن لا يبايع بالدين ، فكذلك إذا شرط عليه أن لا يبيع بالدين لم يجز على السيد تعديه .

م : وحكى عن بعض فقهائنا أنه قال : لو أذن له السيد في نوع من التجارة ، واشتهر ذلك مثل اشتهار التحجير ، لم يلزم ماله ما داين في غير ذلك النوع ، يؤيد ذلك قوله : ولا يدرى الناس لأى أنواع التجارة أقعده ، فإذا اشتهر ذلك وأعلنه ، فقد علم الناس لما أقعده ، كما إذا حجر عليه لم يلزم ماله ما تداين به بعد التحجير ، فهذا مثله .

قال بعض أصحابنا : وإن أقعده صانعًا مثل قصار ونحوه ، فأفسد فيها شيئا ، فذلك في ذمته لا في أجرته التى يأخذها ، لأن أجرته خراج لسيده لا يتعلق الدين فيه ، ولا يكون ذلك أيضًا في آلة القصارة التى يستعين بها في عمله ، ولا في الحمار الذى يحمل عليه الثياب ، إن كان جميع ذلك إنما أعطاه أن سيده يستعين به ، وهو كعارية من السيد.

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا آجر المأذون له غريمًا بدين ، أو حطه ، نظرًا واستئلافًا ، جاز ذلك ، وما كان على غير هذا وما لا يعرف له وجه ، فلا يجوز ، وقاله مالك .

قال مالك : وكذلك الوكيل المفوض إليه ، وأما الوكيل المخصوص على بيع سلعة يضع من ثمنها بعد البيع ، فلا يلزم ذلك ربها .

قال : وليس للمأذون أن يصنع طعامًا ويدعو إليه الناس إلا أن يفعله استئلافًا للتجارة، فيجوز ، وليس للعبد الواسع المال أن يعتق عن ولده ويطعم لذلك الطعام ، إلا أن يعلم أن سيده لا يكره ذلك .

قال ابن القاسم : ولا له أن يصنع طعامًا ويدعو إليه الناس إلا أن يفعله المأذون استئلافًا ، قال : ولا يجوز للعبد أن يعبر من ماله عارية بغير إذن سيده ، مأذونا كان أو غير مأذون ، وكذلك العطية .

ابن المواز : قال غيره : لا بأس أن يعير دابته إلى المكان القريب ، ويعطى السائل الكسرة والقبضة .

ومن « المدونة » : قيل لمالك : أيبيع المأذون أم ولده ؟ قال : إن أذن له سيده ، وأما ما فيما عليه من دين ، فإنما تباع لأنها مال .

قوله : ولا حرية فيها ، ولم يدخلها من الحرية ما دخل أم ولد الحر .

وأما ولده منها فلا يباع في دينه ، لأن ولده ليس بمال له .

ولو اشترى المأذون ولده وعليه دين ، فإنهم يباعون في دينه ، لأنه أتلف مال غرمائه، وهم في هذا الموضع ملكه .

قال أبو محمد وغيره : والعلة في أن لا يبيع المأذون أم ولده إلا بإذن السيد ،

من أجل أنها قد تكون حاملاً ، وحملها للسيد ، فيكون قد باع عبدًا للسيد بغير إذنه .

قال غيره : ولا يلزم هذا في أمة يطأها المأذون ، لأن أم ولده قد صارت كخزانة للمأذون بإيلادها المتقدم ، وكان للسيد وقفها للولد ، ومن الناس من قال : لما كان العبد إذا عتق تكون له أم ولده على قول قائل ، فلم يبعها لذلك إلا بإذن سيده ، والتعليل الأول أصوب ، فإن اعترض علينا بأنه قال : يبيعها في دينه وإن لم يستأذن سيده ، وقد تجوز أن تكون حاملاً ؟

والجواب : أن الدين متيقن ، والحمل غير متيقن ، وهى ملك للعبد ، فلا وجه لاستئذان السيد في أمر لا يتحقق ، وهو إنما يبيعها في الدين بعد استبرائها .

فإن بيعت في الدين ثم ظهر أنها كانت حاملاً ، فقد قال بعض فقهائنا : للسيد فسخ البيع .

وقال غيره : [ق / ٢٧ / ٨ب] ليس له فسخه ، لأن البيع قد وقع جائزا فلا يرده، وبيع المكاتب لأم ولده خوف العجز كبيع المأذون لها في الدين ، لأن كليهما باع في حق وجب عليه ، فجاز بهذه الضرورة .

ومن « المدونة » : وللسيد رد ما وهب العبد والمدبر والمكاتب وأم الولد أو تصدقوا به، وإن استهلك ذلك من أخذه ، غرم القيمة لهم ، إلا أن يكون ذلك من السيد انتزاعًا من غير المكاتب ، فيقبض هو القيمة ولو رده السيد ولم ينتزعه فأقره لهم ، ثم مات السيد أو فلس ، فذلك لهم ، ولو أعتقهم تبعهم ذلك .

ولو كان إذ رده استثناه لنفسه ، كان ذلك له ، إلا في المكاتب ، فإنه للمكاتب إذ لا ينتزع ماله ، أو يكون إنما رده في مرضه .

قال : ورده جائز ، ولكن يبقى ذلك للمدبر ولأم الولد ولا ينتزعه ، إذ لا ينتزع أموالهما في المرض .

فصل

قال مالك : وكل ما صار بيد المأذون على التطوع من معصية من دين أو وديعة أو أمانة ، فاستهلكه ، فذلك في ذمته لا في رقبته ، وليس للسيد فسخه عنه ، ولو كان غير مأذون لكان للسيد فسخه .

قال ابن المواز : ويلزم ذلك المأذون في ماله وذمته عند ابن القاسم .

وقال أشهب : إن كان وعد ألا يودع مثله ، فلا يتبعه وإن كان على غير ذلك ، فذلك في ذمته .

قال يحيى بن عمر : وقال غيره : إن استهلكها بتعدٍ ، فهى في رقبته كالجناية .

ومن « المدونة » : وإن استدان العبد ولم يؤذن له في التجارة ، فلا يتبع بشيء من ذلك، إلا أن يعتق يومًا ما فيتبع بذلك في ذمته ، إلا أن يفسخه عنه سيده أو السلطان، لأن ذلك يعيبه ، وليس لمن داينه بغير إذن سيده أن يوجب في رقبته عيبًا ، وإذا فسخه عنه سيده أو السلطان ، برئت ذمته منه ، ولم يتبع به إن عتق .

ابن المواز : قال أشهب عن مالك : ولا يشترى من العبد الذى لم يؤذن له في البيع والشراء شيء وإن قلَّ ، مثل الخف وشبهه ، إلا أن يأذن أهله ، ولا يقبل قوله: إن أهله أذنوا له ، حتى يسلم أو يرده عليهم ، وقد يكونون في بُعدٍ .

في دين العبد المأذون له وتفليسه وإقراره

قال مالك : ومن استتجر عبده بمال دفعه إليه ، فلحق العبد دين ، كان دينه فيما دفعه إليه وفي مال العبد أيضًا ، ويكون بقية الدين في ذمة العبد لا في رقبته ، ولا يكون في ذمة السيد من ذلك شيء .

وقال أبو حنيفة : للغرماء يتبعه في دينهم .

ودليلنا : أن الدين في المتاجرة لا يتعلق بالرقية وإنما يتعلق بالمال وبالذمة ، ولم يزد رسول الله ﷺ غرماء معاذ على أن خلع لهم ماله ، ولم يأمرهم ببيعه ، ولأنهم إنما داينوه على ماله ، ورقبته ليست بمال له ، ولم يكن لهم سبيل على سيده ، لأن سيده إنما استتجره بمال دفعه إليه دون غيره .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا يحاص السيد غرماء عبده بما دفع إليه من مال استتجره به ، إلا أن يكون عامله بعد ذلك فأسلفه أو باعه بيعًا صحيحًا بغير محاباة ، فإنه يحاص بذلك فيما دفع إليه من المال ليتجر به ويتصرف بذلك في مال العبد ، وإن دفع إلى سيده في ذلك رهنًا كان السيد أحق به .

قال : وإن ابتاع من سيده سلعة بثمن كثير لا يشبه الثمن مما يعلم أنه تولية

للسيد، فالغرماء أحق بما في يد العبد .

قال يحيى بن عمر : ويضرب إليه معهم بقيمة السلعة فقط ، وتسقط المحاباة .

قال مالك : إن باعه السيد بيعًا يشبه البيع ، فإنه يحاص به الغرماء .

قال في « العتبية » : وإذا فلس وفي يده مال للسيد لم يستتجره به ، فسيده أحق به ، بخلاف ما استتجره به .

قال في « المدونة » : وما وهب للمأذون وقد اغترقه الدين ، فغرماؤه أحق به من سيده ، وسيده أحق بكسبه وعمل يده وأرش جراحه وقيمته إن قُتل .

وإن خارجه سيده ، لم يكن للغرماء من عمل يده شيء ولا من خراجه ، فلا يبقى بيد العبد شيء بعد خراجه بيده ، وإنما يكون لهم ذلك في مال إن وهب للعبد أو تصدق به عليه أو أوصى له به فقبله العبد .

م : وحكى عن أبى الحسن بن القابسى أنه قال : معنى قوله : ويكون دين المأذون له في مال وهب له أو تصدق به عليه ، يريد : إن ذلك وهب له أو تصدق به عليه ليقضى به دينه ، فحينئذ يكون لغرمائه أخذه .

وأما إن لم يوهب له بذلك ، فهو بمنزلة ما اكتسبه العبد من غير التجارة .

وحكى عن أبى محمد : إن ذلك سواء ، وهب له بهذا الشرط أو بغير شرط لغرمائه أخذه في دينهم ، لأنه ليس بمال للسيد ، ولا من كسب عبده .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق المأذون وعليه دين ، كان دينه في ذمته [ق / ٢٨ / ٨ ب] قال : ولو باعه السيد سلعة بعينها ، ففلس العبد وهى قائمة بيده، فسيده أحق بها ، إلا أن يرضى الغرماء بدفع ثمنها للسيد ويأخذونها ، فذلك لهم .

وإن أسلمت إلى عبدك المأذون ، أو إلى أجنبى مائة دينار في طعام ، ثم فلس والدنانير قائمة بيده لم تفت ، فإن شهدت عليها بينة لم تفارقه أنها بعينها ، فأنت أحق بها من الغرماء .

قال ابن وهب عن مالك : ومن ابتاع زيتًا فصبه على زيت بمحضر بينة ، ثم فلس المبتاع فالبائع أحق بمقدار زيته منه ، وهو كعين قائمة ، فليس خلط المبتاع إياه يمنع البائع من أخذه .

وكذلك من دفع إلى صراف ديناراً ، فصبها في كيسه بمحضر بينة ثم بان فلسه ، أو الرجل يشترى براً فيرقمه ويخلطه ببر غيره ، فليس هذا وشبهه منع الناس من أخذ ما وجدوا من متاعهم إذا فلس المبتاع .

وقال أشهب : هو أحق بالعرض ، وأما العين فهو أسوة الغرماء ، وقد تقدم هذا في التفليس .

فصل

وإقرار المأذون في صحة أو مرض بدين لمن لا يتهم عليه ، جائز ، إلا أن يقر بعد قيام غرمائه ، فلا يجوز ، كالحر في الوجهين ، ويجوز إقراره بالدين فيما بيده من المال وإن حجر على سيده فيما لم يفلس .

قال بعض فقهائنا : وذلك إذا كان يقر بالحجر ، وأما إن بعد ، فلا يقبل قوله .

وقال في « كتاب ابن المواز » : إذا حجر السيد على عبده حجراً بيناً عند الحاكم أو في سوقه وسائر الأسواق ، وأذاع ذلك وأغلبه ، لم يلزمه ما أقر بعد ذلك ، لا مستأنفاً ولا قديماً ، إلا أن تقوم بينة بدين قديم .

قال : وأما إن قامت عليه بينة بإقراره أو بمعاينة حضورها ولا يعلمون قبل الحجر أو بعده ، فلا يحكم عليه بشيء من ذلك إلا أن يقولوا : إن ذلك كان قبل الحجر ، ولا يقبل قول العبد بعد الحجر : إن ذلك كان قبل الحجر ، ولو قبلناه كان ذلك إبطالاً للحجر .

أبو محمد : وقال محمد بن عبد الحكم : إذا حجر السيد على عبده المأذون حجراً ظاهراً عند حاكم أو مجامع الناس والأسواق ، فأذاع ذلك ، فأقر بعد ذلك بدين ، لم يلزم ذلك فيما في يديه ولا في رقبته .

قال : وقال النعمان : إن أقر بدين بعد الحجر ، لم يلزمه في رقبته ، ويلزمه فيما في يديه من متاع ، وما كان عليه من دين قبل الحجر فهو أولى به مما أقر به بعد الحجر وكذلك لو مات سيده ولم يحجر عليه .

قال محمد : وهو يقول : إن المأذون يلحق رقبته الدين مع ماله ، فإذا كان قد ثبت حجره ولزمه ، فلم أجاز إقراره بعد الحجر ، ولا هو جعله حجراً فأبطل إقراره، ولا هو ألزمه إياه فجعله فيما في يديه وفي رقبته على أصله في الذى لم يحجر عليه،

وحكاية هذا تنوب عن بعضه .

وقال أصحابه في هذا بقولنا إنه لا يلزمه إذا حجر عليه لا فيما بيده ولا في رقبته .

في دعوى السيد فيما بيد عبده ، وعهدة ما يشترى المأذون ، وهل يستتجر عبده النصراني ، وإذن الشريك للعبد ، وقسم ماله

قال : إذا كان على المأذون دين يحيط بماله ، فادعى السيد في مال بيد العبد أنه له ، وقال العبد : بل هو لي ، فالقول قول العبد ولو كان محجوراً عليه فالقول قول السيد ، كقول مالك في ثوب بيد عبد يقول : فلان أودعنيه وسيدى يدعيه ، فالسيد مصدق مع يمينه إلا أن يقيم بينة فلان .

قال بعض فقهائنا : وصوابه ، يمين السيد إن قال : إن الثوب لى : أو قال : هو لعبدى يعلم أصل شرائه أو ملكه إياه ، أن يحلف على البت .

وأما إن قال : هو بيد عبدى وهو له ، ما أعلم لك حقًا فيه أم لا ، فلا يمين عليه إلا أن يدعى مدعيه أن السيد يعلم أنه لى ، فليحلف له السيد أنه ما يعلم له فيه حقًا .

فصل

قال ابن القاسم : ولا يلزم السيد عهدة ما يشترى المأذون إلا أن يكون قال للناس بايعوه وأنا له ضامن ، فيلزم ذلك ذمة السيد وذمة العبد أيضا ، ويباع العبد في ذلك إن لم يوف عنه سيده .

فصل

قال مالك : ولا أرى للمسلم أن يستتجر عبده النصراني ولا يأمره أن يبيع له شيئا، لقول الله سبحانه : ﴿ وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ ﴾ (١) .

فصل

ولا يجوز لأحد الشريكين في العبد أن يأذن له في التجارة دون صاحبه وإن كانا متفاوضين .

---

(١) سورة النساء (١٦١) .

وكذلك قسمة ماله ، لا يلزم من أبى ذلك منهما ، لأن ذلك ينقص العبد ، ومن دعى إلى بيعه منهما ، فذلك له إلا أن يتقاوياه بينهما .

في التحجير على السفيه وعلى العبد المأذون له

قال مالك : ومن أراد أن يحجر على وليه ، فلا يحجر عليه إلا عند السلطان ، فيوقفه السلطان للناس ويسمع به في مجلسه [ق / ٢٩ / ٨ ب] ويشهد على ذلك، فمن باع أو ابتاع منه بعد ذلك ، فهو مردود . وكذلك العبد المأذون له في التجارة ، ولا ينبغي لسيده أن يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه السلطان للناس ، ويأمر به فيطاف حتى يعلم ذلك منه .

قال بعض فقهائنا : فإذا حجر على المأذون ثم دفع إليه غريم له دين عليه وهو لا يعلم بتحجير السيد عليه ، فلا يعذر بذلك على قول ابن القاسم كالوكيل إذا قبض الدين بعد أن عزل ، أن الدافع يضمن ، ولا يعذر بأنه لم يعلم بالعزل .

قال : وهذا إذا كان حين حجر عليه السيد قبض ماله منه . وأما إن حجر عليه وأبقى ماله بيده ، فيبرأ من قضاه وهو لا يعلم .

قال بعض أصحابنا : وقال غير واحد من فقهائنا الصقليين : وإذا عجز المكاتب وبيده مال ، فإن كان قبل الكتابة مأذونًا له في التجارة ، وبقى على الإذن حتى حجر عليه ، وإن كان محجوراً عليه فهو على ذلك ، إنما يرجع بعد العجز على أصل ما كان عليه.

وقال القرويون : إنه لا يبقى مأذونا له ، لأن ذلك الإذن المتقدم سقط بعقد الكتابة ، فإذا عجز فهو غير مأذون ، فلا يتصرف بإباحة مستأنفة .

فصل

ولا يجوز للعبد المحجور عليه في ماله بيع ولا إجارة ، ولا أن يؤاجر عبدًا له إلا بإذن سيده في ذلك كله ، فإذا الحق المأذون له دين ، فلسيده أن يحجر عليه ويمنعه من التجارة ودينه في ماله ، إلا أن يفضل عن دينه شيء ، أو يكون السيد داينه ، فهو أسوة الغرماء ، وليس للغرماء أن يحجروا عليه ، وإنما لهم أن يقوموا عليه فيفلسوه وهو كالحر في هذا .

قال في « كتاب النكاح » : وللعبد يتسرى في ماله بعد إذن سيده .

م : يريد ، إذا كان مأذونًا .

وقال في الشركة : وللمأذون أن يدفع مالاً قراضًا .

قال سحنون : لا يدفع قراضًا ولا يأخذه ، وأخذه إياه من الإجارة ، ولم يؤذن له في الإجارة .

تم كتاب المأذون بحمد الله وعونه وحسن توفيقه ، والحمد لله وحده ، وصلى الله على سيدنا محمد سيد المرسلين .

بيان حساب مسألة
الستة حملاء

قال محمد بن يونس : قد تقدم عقد هذه المسألة وتفريع وجوهها وإنا نبين وجه حسابها بتوفيق الله وعونه .

قال : وإذا كان لرجل ستمائة درهم على ستة رجال ، على أن بعضهم حميل ببعض بجميع المال ، فإذا لقى أحدهم فليأخذه بستمائة درهم ، مائة عن نفسه وخمسمائة بالحمالة، ثم إن لقى الغارم للستمائة أحد أصحابه ، أخذه بمائة أداها عنه وبنصف الأربعمائة التى أداها عن الباقين ، لأنه حميل معه بهم ، فجميع ما يأخذ منه ثلاثمائة وتبقى له مما غرم ثلاثمائة ، ثم إن لقى ثانيًا قال له : غرمت ثلاثمائة ، مائة عن نفسى ومائتين بالحمالة على أربعة ، أنت أحدهم ، يلزمك في خاصتك خمسون، وتبقى مائة وخمسون أنت معى بها حميل ، عليك نصفها خمسة وسبعون، فجميع ما يأخذ مائة وخمسة وعشرون ، فصار جميع ما أخذ من صاحبيه أربعمائة وخمسة وعشرون ، وبقى له مما أدى بالحمالة خمسة وسبعون .

ثم إن لقى ثالثًا قال له : أديت بالحمالة خمسة وسبعين عن ثلاثة ، أنت أحدهم، فهلم ثلثها خمسة وعشرين ، ونصف ما بقى لأنك معى بها حميل ، فجميع ما يأخذ خمسون ، وبقى له خمسة وعشرون .

ثم إن لقى رابعًا قال له : بقى لى مما أديت بالحمالة خمسة وعشرون ، هى عليك وعلى صاحبك الباقى ، فهلم نصفها اثنى عشر ونصف ، ونصف باقيها بالحمالة ، وذلك ستة وربع ، فجميع ما يأخذ منه ثمانية عشر وثلاثة أرباع ، وبقى له مما غرم ستة وربع .

ثم إن لقى الآخر فيأخذ منه ستة وربعًا ، وهى باقى ما أدى بالحمالة ثم إن الثانى الغارم لهذا الأول ثلاثمائة لقى الثالث الذى كان غرم للأول أيضًا مائة وخمسة وعشرين ، فيقول : بقى مما أديت بالحمالة مائتان عن أربعة ، أنت أحدهم ، عليك

منها خمسون ، فيأخذها منه ، ويبقى مائة وخمسون أنت معى بها حميل ، فيقول هذا الثالث : قد أديت أنا أيضًا بالحمالة للأول خمسة وسبعين ساويتك في مثلها ، وبقيت لك خمسة وسبعون ، فخذ نصفها سبعة وثلاثين ونصف فجميع ما يأخذ منه سبعة وثمانون ونصف ، فصار جميع ما أدى هذا الثالث للأول والثانى مائتين واثنى عشر ونصفًا ، فأحفظها ، وبقى يطلب بمائة واثنى عشر ونصف ، وهو ما أدى بالحمالة ، ثم إنه إن لقى الرابع الذى كان غرم للأول خمسين فيقول له : بقى لى مما أديت بالحمالة مائة واثنى عشر ونصف عن ثلاثة، أنت أحدهم ، يلزمك في خاصتك ثلثها سبعة وثلاثون ونصف ، فيأخذها منه ، وتبقى خمسة وسبعون أنت معى بها حميل ، فهلم نصفها ، فيقول له الرابع : قد أديت أنا بالحمالة للأول خمسة وعشرين ساويتك في مثلها ، وبقيت لك خمسون ، فخذ نصفها، فجميع ما يأخذ منه اثنان وستون ونصف ، وجميع ما أدى الرابع للأول والثانى مائة واثنى [ق/ ٣٠/ ٨ ب] عشر ونصف ، فاحفظها ، وبقى الثانى يطلب بخمسين ، ثم إنه إن لقى الخامس، فيقول له : بقى لى مما أديت بالحمالة خمسون عنك وعن السادس ، عليك نصفها خمسة وعشرون ، فيأخذها منه ويقول له : بقيت لى عندك خمسة ، أنت معى بها حميل ، فيقول له الخامس : قد أديت أنا أيضًا بالحمالة للأول ستة وربعًا ، ساويتك في مثلها ، وبقيت لك ثمانية عشر وثلاثة أرباع ، علىَّ نصفها وذلك تسعة وثلاثة أثمان ، فجميع ما أدى له الخامس أربعة وثلاثين وثلاثة أثمان ، وجملة ما أدى هذا الخامس للأول ثمانية عشر وثلاثة أرباع ، وللثانى أربعة وثلاثين وثلاثة أثمان ، فجميع ذلك ثلاثة وخمسون وثمن ، وبقى الثانى يطلب بخمسة عشر وخمسة أثمان .

ثم إنه إن لقى السادس فيأخذها منه .

ثم إن الثالث الغارم للأول والثانى مائتين واثنى عشر ونصفًا ، لقى الرابع فقال له: بقى لى مما أديت بالحمالة مائة واثنى عشر ونصف من ثلاثة ، أنت أحدهم ، فهلم ثلثها سبعة وثلاثين ونصفا ، يأخذها منه ويقول له : بقيت لى خمسة وسبعون أنت معى بها حميل ، فيقول له الرابع : قد أديت أنا أيضًا بالحمالة للأول خمسة وعشرين، وللثانى خمسة وعشرين ، فذلك خمسون ساويتك فيها ، وبقيت لك خمسة وعشرون ، فخذ نصفها اثنى عشر ونصف ، فيصير جميع ما يأخذ منه

خمسين ، وجميع ما أدى الرابع للأول والثاني والثالث مائة واثنين وسبعين ونصفًا .

ثم إنه إن لقى الخامس ، فيقول له : بقيت لي مما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف عنك وعن السادس ، عليك منها أحد وثلاثون وربع ، فيأخذها منه ، ثم يقول له : بقى لى أحد وثلاثون وربع ، أنت معى بها حميل ، ثم يقول له الخامس: قد أديت أنا أيضا بالحمالة للأول ستة وربعًا ، وللثانى تسعة وربعًا وثمنًا ، وذلك خمسة عشر ونصف وثمن، ساويتك فيها ، وبقيت لك خمسة عشر ونصف وثمن أيضا ، عليَّ نصفها سبعة وثلاثة أرباع ونصف ثمن ، فيدفعها إليه ، فيصير جميع ما أخذ منه سبعة وثلاثين ونصف ثمن ، ويصير جميع ما أدى الخامس للأول والثانى والثالث اثنين وسبعين ونصف ثمن .

ثم إن الثالث إن لقى السادس فيقول له : بقى لى مما أديت عنك بالحمالة ثلاثة وعشرون وربع ونصف ثمن ، فيأخذها منه ، فيذهب وقد غرم مائة ثم إن الرابع الذى غرم للأول والثانى والثالث مائة واثنين وستين ونصف ، لقي الخامس فقال له : بقى لى مما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف ، عنك وعن السادس ، وهى عليك نصفها أحد وثلاثون وربع ، فيأخذها فيقول له : أنت معى بها حميل ، فيقول له الخامس : قد أديته أنا أيضًا بالحمالة للأول والثانى والثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن ، ساويتك فيها ، وبقيت لك سبعة وستة أثمان ونصف ثمن ، عليَّ نصفها ثلاثة وسبعة أثمان وربع ثمن ، وجميع ما أدى الخامس للأول والثانى والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرون وثلاثة أرباع ثمن ، فاحفظها ، وبقى الرابع يطلب بسبعة وعشرين وربع وثلاثة أرباع ثمن .

ثم إنه إن لقى السادس فيأخذها منه ، فيذهب وقد غرم مائة ، ثم إن الخامس لقى السادس وقد كان أدى للأول والثانى والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرين وربعًا وثلاثة أرباع ثمن ، عليه منها مائة ، بقى يطلب بسبعة وعشرين وربع وثلاثة أرباع ثمن ، فيأخذها من السادس ، فيذهب وقد غرم مائة ، ويذهب السادس وقد غرم مائة ، للأول ستة وربعًا وللثانى خمسة عشر وخمسة أثمان ، وللثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وللرابع سبعة وعشرين وربعًا وثلاثة أرباع ثمن ، وللخامس مثلها ، فجميع ذلك مائة ، فقد انصرف كل واحد منهم وقد غرم مائة ، وبالله تعالى التوفيق .

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله

كتاب اللقطة والضوال والإباق

جامع القول في ضالة الماشية والدواب

قال الرسول ﷺ للسائل عن ضالة الغنم : « **هى لك أو لأخيك أو للذئب ، وقال : فضالة الإبل مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها** » (١) .

م : فأخبر ﷺ أن تركها هو الواجب ، ولو أخذها أحد ثم ردها لم يضمنها ولو أنفق عليها في الموضع الذى يؤمن عليها فيه ولو لبثت لعاشت بالمرعى لا البغاء ، ألا يكون للمنفق عليها شيء ، وإنما أوجب له الرجوع في « المدونة » ، لأن رب الإبل أسلمها .

قال ابن حبيب : وذكر أن امرأة أتت عائشة رضي الله عنها فأخبرتها أنها وجدت شاة ، **فقالت لها** : عرفي واعلفي واحلبى واشربى .

قال مالك فيمن وجد ضالة الغنم بقرب العمران : يعرف بها في أقرب القرب إليه ولا يأكلها .

ولو كانت في المهامة والفلوات أكلها ولا يعرف بها ، ولا يضمن لربها شيئا ، لقول النبى ﷺ : « **هى لك أو لأخيك أو للذئب** » (٢) .

قال سحنون فيمن وجد شاة اختلطت بغنمه : فهى كاللقطة [ق / ٣١ / ٨ ب] يتصدق بها ـ يريد بعد السنة ـ فإن جاء ربها ، ضمنها له .

قال : وله شرب لبنها ، وهذا خفيف ، لأنه يرعاها ويتفقدها .

قال ابن نافع في موضع آخر : قال مالك : فإن ذبحها قبل السنة ضمنها لربها ، إلا أن يخاف موتها فيذبحها ، فلا شيء عليه .

وكذلك قال في غير رواية ابن نافع .

---

(١) أخرجه البخارى (٩١) ومسلم (١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد الجهنى ـ رضى الله عنه .

(٢) تقدم .

فإن ذبحها وأكلها بعد السنة ، ثم جاء ربها فعليه غرمها .

وقال أصبغ في « العتبية » فيمن وجد شاة بفلاة ثم ذبحها ، فأتى بلحمها إلى الأحياء: إن له أكله ، كان غنيًا عنه أو لم يكن ، ويصير لحمها وجلدها مالاً من ماله، ويطيب له ، وليس عليه أن يفرقها .

فإن أكلها ثم اعترفها ربها ، فلا ضمان عليه إلا أن يأتى ربها وهى في يديه ، وهو أحق بها .

وأما لو قدم بها الأحياء وهى حية ، كان عليه التعريف ، أو يضمها إلى أهل قرية يعرفونها ، ولا يأكلها الآن ، وتكون كاللقطة .

قال غيره في غير « العتبية » : من التقط طعامًا في فيافي الأرض ، فحمل ذلك إلى العمران ، فبيع الطعام ويوقف ثمنه ، فإن جاء طالبه إليه أخذه وإن أكل الطعام أو الإدم بعد قدمه إلى العمران ، ضمنه لربه .

م : وعلى هذا القول يضمن اللحم إن أكله ، خلافًا لأصبغ .

قال ابن حبيب : قال مطرف عن مالك : إذا وجد الغنم في قرب العمران ، فعرفها ولم يأت لها ربها ، فالصدقة بثمنها أحب إليَّ من الصدقة بها ، وكذلك الاستيناء بثمنها أحب إليَّ وليس بواجب ، ونسلها مثلها ، وأما اللبن والزبد ، فإن كان بموضع لذلك ثمن، فليبع ويصنع بثمنه ما يصنع بثمنها .

فإن كان له بها قيام وعلوفة ، فله أن يأكل منه بقدر ذلك ، وأما بموضع لا ثمن له ، فليأكله وأما الصوف والسمن ، فليتصدق به أو بثمنه .

قال مالك في« العتبية » : فإن تصدق بها أو بثمنها ، ثم جاء ربها فلا شيء له بخلاف المال .

ومن « المختلطة » : قال ابن القاسم : وضالة البقر إن كانت بموضع يخاف عليها، فهى كالغنم .

وإن كانت بموضع لا يخاف عليها من السباع والذئاب ، فهى كالإبل .

قال مطرف عن مالك : ضالة البقر كالغنم ، إذا وجدها بالفلاة أكلها ولا يضمنها ، وإن وجدها بقرب العمران ، فلا بأس أن يكريها في علوفتها كراءً مأمونًا من التلف .

قال ابن القاسم : فإن وجد ضالة الإبل في الفلاة تركها . فإن أخذها عرف بها سنة ، وليس له أكلها وبيعها .

فإن لم يجد ربها ، فليخلفها بالموضع الذى وجدها فيه .

قيل لمالك في « العتبية » : أفيشهد على ذلك ؟

قال : أما المتهم فهو خير له ، وليس ذلك على المأمون .

قال في « المختلطة » : فإن رفعت إلى الإمام فلا يبعها ، وليفعل بها هكذا .

وكذلك فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وكان عثمان يبيعها ويوقف أثمانها لأربابها، وأخذ به بعض الرواة .

قال مالك في غير « المختلطة » : وكان على بن أبى طالب رضي الله عنه قد بنى للضوال مربدًا يعلفها فيه علفًا لا يسمنها ولا يهزلها من بيت المال ، فمن أقام ببينة على شيء منها أخذه ، وإلا بقيت على حالها ، واستحسن ذلك ابن المسيب .

قال أشهب في « كتابه » : فإن كان الإمام غير عدل ، فلا يرفعا إليه ، وليخليها حيث وجدها ، وإن كان عدلاً رفعها إليه .

قال : وإن لم تكن للإبل منفعة فهى كالغنم ، له أكلها إذا وجدها بالفلاة ، ولا يعرفها إن جاء ربها .

ومن « المختلطة » : قال ابن القاسم : والخيل والبغال والحمير إذا التقطها رجل ، فليعرفها ، فإن جاء ربها أخذها ، وإن لم يأت ربها تصدق بها .

م : يريد ، يتصدق بها أو بثمنها ، وما أنفق على ما التقط من عبد أو أمة ، أو على إبل قد كان ربها أسلمها ، أو على بقر أو غنم أو متاع أكرى عليه ، أو على حمله من موضع إلى موضع ، بأمر السلطان أو بغير أمره ، فليس لرب ذلك أخذه حتى يدفع إليه ما أنفق فيأخذه ، إلا أن يسلمها إليه ، فلا شيء عليه .

قال في «كتاب الرهون» : وهو أحق بذلك من الغرماء حتى يقبض ما أنفق .

قال أشهب في «كتابه» : فإن أسلمها فيها ، ثم بدأ له أن يطلبها ويؤدى النفقة ، فليس له ذلك .

قال : ولا أحب أخذ الخيل والبغال والحمير ، فإن أخذها أحد ، فليعرفها سنة ثم يتصدق بها .

قال ابن كنانة : لا ينبغى أن تؤخذ ولا ينفق عليها ، لأن النفقة سبب إلى إخراجها من يد ربها ، وربما جاوزت النفقة ثمنها .

م : **قال بعض الفقهاء** : إن كان ينفق عليها من غلتها ، فليعرفها سنة .

وإن كان لا عمل لها ، وكانت النفقة عليها سنة تستغرق ، فلتبع قبل السنة بقدر اجتهاد الحاكم ، لأن ذلك أنفع لربها .

قال ابن حبيب عن مطرف : وله أن يركبها في موضع أخذها إلى موضعه ، فأما في حوائجه فلا ، فإن فعل ضمن .

قال : وله كراؤها في علفها كراءً مأمونًا لا [] إلى عطب ما بينه وبين أن يبيعها ويتصدق بثمنها ، أو يأتى صاحبها وإذا أحب بيعها رفع ذلك إلى الإمام إن كان مأمونًا ، إلا فيما خف من الشاة والشاتين ، فلا بأس أن يبيعه ويشهد ، وقاله أصبغ .

تم كتاب الضوال من كتاب « الجامع » للشيخ أبى بكر محمد بن يونس الصقلى، بحمد الله وعونه وحسن توفيقه ، ويتلوه كتاب اللقطة [ق / ٣٢/ ٨ب] .

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب اللقطة

جامع القول في اللقطة

قال الرسول عليه السلام للسائل عن اللقطة : « **اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها** » (١) .

قال ابن وهب في « العتبية » : بلغنا أن رسول الله ﷺ قال في اللقطة : يعرفها سنة فإن جاء لها طالب أخذها [] ، ثم إن جاء ربها أداها إليه ، فإن لم يكن عنده شيء اتبعه بها دينًا ،وكان أسوة الغرماء .

قال : وإن مات ولا شيء له ، فهو في سعة إن شاء الله ، لأن النبى ﷺ أذن له في أكلها ، وأما الدينار والدريهمات ، فليعرفها أيامًا ، فإن لم يجد لها صاحبها وكان محتاجًا، أنفق ذلك على نفسه .

وإن كان غنيًا تصدق به عن صاحبها .

وقال ابن القاسم : لا ينبغى أن ينفقها على نفسه ، قليلة كانت أو كثيرة .

ومن « كتاب اللقطة » : قال مالك : ومن التقط دنانير أو دراهم أو حليًا مصوغًا أو عروضًا أو شيئا من متاع أهل الإسلام ، فليعرفها سنة ، فإن جاء صاحبها أخذها، وإلا لم آمره بأكلها ، قلَّت أو كثرت ، درهم فصاعدًا ، إلا أن يجب بعد السنة أن يتصدق بها ويخير صاحبها إن جاء أن يكون له ثوابها أو يغرمها له ، فعل .

قال ابن القاسم : وأكره له أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه اليسير.

وروى ابن حبيب أن ابن عمر سأله رجل وجد حليًا من ذهب ، فقال : عرفه ، فقال: قد فعلت ، قال : عرفه ، قال : قد عرفته فلم أجد من يعرفه ، أفأدفعه إلى الأمير؟ قال : إذًا يأخذه .

قال : أفأتصدق به ؟

---

(١) أخرجه البخارى (٢٢٤٣) ومسلم (١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد ـ رضى الله عنه .

قال : تغرم إن جاء صاحبه .

قال : فما أصنع به ؟

قال : لو شئت لم تأخذه .

قال نافع : كان ابن عمر يمر باللقطة ، فلا يأخذها .

قال مالك في « العتبية » : لا أحب أن يأخذها من وجدها ، إلا أن يكون لها قدر .

وقال في موضع آخر : أو تكون لذى رحمه .

م : كما قال في الآبق : إن كان لصديق أو لأخ أخذه ، وإلا لم يأخذه ، وهو من تركه في سعة .

م : قيل : ولا حرج عليه إذا أخذها أن يدفعها إلى مأمون يعرفها ولا يضمن ، بخلاف الوديعة التى لم يرض بها إلا أمانته ، فلا يدفعها إلى غيره إلا من عذر ، وجعلت السنة حدًا في التعريف للحديث ولا مكان أن يكون سافر ربها ثم قدم ، لأن ذلك غالب العادة في الأسفار .

من « كتاب اللقطة » : قال مالك : وإذا التقط العبد لقطة فاستهلكها قبل السنة ، كان ذلك في رقبته ، وإن استهلكها بعد السنة كانت في ذمته .

م : ولم يكن لمولاه أن يسقطها عنه ، لأن صاحبها لم يسلط يده عليها ، ولولا الشبهة لكانت في رقبته .

قال ابن القاسم : وإنما جعلها بعد السنة في ذمته لأن النبى ﷺ قال للسائل عن اللقطة: **« اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها »**(١)، وتعرَّف اللقطة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد،وقاله عمر بن الخطاب.

قال ابن القاسم : فتعرف حيث يعلم صاحبها هناك أو خبره ، ولا يحتاج في ذلك إلى أمر الإمام ،وإنما قال ذلك لأن الإنسان مندوب إلى الخير والعون عليه ، وهذا منه وإذ قد تحصل بيد من لا يؤتمن فتتلف على صاحبها فيأثم ، إن أخذها، فإذا أحرزها هذا على ربها فقد أجر في الرجلين .

قال أشهب في « العتبية » : وسئل مالك : أتعرف اللقطة في المسجد ؟

---

(١) تقدم .

قال : ما أحب رفع الصوت في المسجد ، وإنما أمر عمر أن تعرف على باب المسجد ، ولو مشى هذا الذى وجدها إلى الخلق يعرفهم ويخبرهم ولا يعرف صوته ، لم أر به بأسًا.

أبو محمد : وذكر بعض أصحابنا أنه روى ابن نافع عن مالك قال : ينبغى للذى يعرف اللقطة أن لا يريها لأحد ، ولا يسميها بعينها ، وليقل : من يعرف دنانير أو دراهم أو جزورا أو شاة أو حليًا أو عروضًا ، لكى يعمى بذلك ، لئلا يأتى مستحل فيصفها بصفة المعروف ، فيأخذها وليست له ، وليعرفها بين اليومين والثلاثة ، وكل ما تفرغ ، ولا يجب عليه أن يدع ضيعته ويعرفها ، ونحوه لأشهب في كتبه .

قال في «كتاب اللقطة» : وما وجد على وجه الأرض ، وما يعلم أنه من مال الجاهلية ، ففيه الخمس كالركاز .

وكذلك ما يؤخذ بساحل البحر فيغسل فيوجد فيه ذهب أو فضة ، ففيه الزكاة كالمعدن.

م : وكذلك لأشهب ، ما كان من متاع الجاهلية فلا زكاة فيه ، وإنما فيه الخمس، ولم يفسر هل ذلك عين أو عرض ، فإن أراد العين ، فهو مثل ما في «المدونة » .

وإن أراد العروض ، فذلك يجرى على اختلاف قول مالك .

وفي «كتاب محمد» في مراكب الروم توجد لا رجال فيها : فإن كان فيها ذهب أو فضة، فهى لمن وجده ، وعليه فيه الخمس كالركاز .

وإن كان فيها عروض ، فأمرها إلى الإمام .

وكذلك إذا أخذوهم وما معهم ، فهم إلى الإمام يرى فيهم رأيه ، ولا شىء لمن وجدهم .

وكذلك في « المدونة » في مراكب الروم إذا انكسرت فيأخذ ما فيها : [ق/ ٣٣/ ٨ب] إنه للإمام يرى فيه رأيه ، ولا شيء لمن وجده ، ومن التقط لقطة فأتى رجل فوصف عفاصها ووكاءها وعدتها ، لزمه أن يدفعها له ، ويجبره السلطان على ذلك ، وفي أمر الرسول عليه السلام الملتقط بمعرفة العفاص والوكاء دليل على أن ربها

إذا وصف له لك قضى له بها ، وإلا فلماذا أمره بذلك ؟!

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة والشافعي : لا تدفع لأحد إلا أن يقيم بينة أنها له ودليلنا قوله عليه السلام : « **اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فادفعها إليه**» [1] ، وهذا نص ، ولأن قوله : «**اعرف عفاصها ووكاءها** » لا فائدة فيه إلا أن من عرف ذلك منها دفعت إليه ، ولأن الضرورة تدعو إلى ذلك وإلا لم يصل أحد إلى ما يضيع له ، إذ لا يمكنه الإشهاد على ضياعه .

قال أشهب في كتبه : ولو أخطأ في صفتها ، لم يعطها وإن وصفها مرة أخرى فأصابها .

قال : ولو وصف العفاص والوكاء والعدد ، لم يأخذ إلا باليمين أنها له ، فإن نكل لم يأخذها وإن عاد إلى أن يحلف .

وقال غيره من البغداديين : ذكر العلامة كالبينة ، والملتقط لا يدعيها لنفسه .

م : هذا إشارة منه إلى أن لا يمين عليه ، وما ذكره أشهب وما في «كتاب ابن حبيب» أبين ، لأن اليمين في ذلك استظهار ، بأن كان لا منازع له فيها ، إذ يجوز أن لا تكون له، كما استظهر باليمين للميت وللغائب فيما يثبت عليهما من الدين ، لإمكان أن يكون قضى ذلك ولا منازع [] أن ذلك قد قضى ، وإذ قد ينكل فيكون للفقراء أو لمن يمكن أن يأتي بنصفها ويحلف .

قال أشهب : ولو عرف الوكاء وحده وجهل ما بعد ذلك ، أو عرف العفاص والعدد ولم يعرف الوكاء ، فذلك يجزئه إذا حلف .

م : لأنه قد ينسى أحد الوصفين ، وفي ذلك اختلاف قال أشهب : ولو عرف العفاص والوكاء ، وأخطأ في ضرب الدنانير أو الدراهم ، لم أر أن يعطى منها شيئًا.

م : **قال بعض الفقهاء** : وهو الأصوب من الأقاويل ، لأنه إذا ادعى المعرفة ثم خالف الصفة فهو بخلاف الذى جهل أحد الوصفين وعرف الآخر .

قال أصبغ في « العتبية » : وكذلك إن قال : دنانير ، فأصيبت دراهم .

---

(١) تقدم .

قال محمد بن عبد الحكم : لو أصاب تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر ، لم يعط شيئا إلا في معنى واحد ، أن يصف عدداً فيصاب أقل منه ، فإن أشهب يعطيه إياهما .

قال : أخاف أن يكون اغتيل بها ، يريد : [] والعفاص ما فيه اللقطة من خرقة أو غيرها ، والوكاء الرباط ، وقيل بضد ذلك قال أصبغ : ولو عرف العفاص وحده، وادعى الجهالة فيما سوى ذلك ، فليستبدئ ذلك فإن لم يأت أحد أعطيها ، هذا كما في شرط الخليطين بعض أصناف تجزى وإن أغرم بعضها .

قال أبو محمد : ورأيت لبعض أصحابنا البغداديين من رواية ابن عون أنه لا يأخذها إلا أن يعرف العفاص والوكاء .

قال أصبغ : ولو عرف واحد العفاص والوكاء ، ووصف آخر عدد الدنانير ووزنها كانت لمن من عرف العفاص والوكاء .

وكذلك لو لم يعرف إلا العفاص وحده كان أحق بها بعد الاستيناء .

وروى ابن حبيب في الذى عرف العفاص والوكاء عن أصبغ مثله ، وزاد : ولكنى أستحسن أن تقسم بينهما كما لو اجتمعا على معرفة العفاص والوكاء ويتحالفان، فإن نكل أحدهما دفعت إلى الحالف .

ومن «كتاب اللقطة» : ومن التقط لقطة ، فأتى رجل فعرف عفاصها ووكاءها وعدتها ، لزمه أن يدفعها إليه ، ويجبره السلطان على ذلك ، فإن جاء آخر فوصف مثل ما وصف الأول ، أو أقام بينة أن تلك اللقطة كانت له ، فلا شيء له على الملتقط ، لأنه دفعها بأمر يجوز له .

وقال أشهب في كتبه : لا يضمن الدافع إلا أنه إن كان الثانى إنما وصفها ، فلا شيء له .

وإن كان أقام بينة فهى له ، ويأخذها من الأول كما لو ادعاها ملتقطها ثم جاء من أقام بينة ، فهو أحق بها ولا يستحقها بالصفة .

قال : ولو أخذها الأول من ملتقطها ببينة ، بأمر السلطان أو بغير أمره ، ثم جاء ثان وأقام بينة أنها له ، فهى لأولهما ملكًا بالتاريخ ، فإن لم يكن لذلك تاريخ فهى لأعدلهما بينة ، فإن تكافآتا كانت لمن هى بيده ، وهو الأول بعد يمينه أنها له ما لم

يعلم لصاحبه فيها حقًا .

فإن نكل حلف صاحبه وأخذها ، فإن نكل فهى للأول بلا يمين .

م : ويحتمل عن أصل ابن القاسم أن تقسم بينهما عند تكافؤ البينة وإن حازها الأول، لأنه مال قد عرف أصله ، لقوله فيمن ورث رجلاً بولاء يدعيه وأقام على ذلك بينة، وأقام آخر بينة أنه مولاه وتكافآتا ، فالمال يقسم بينهما ، لأنه مال قد عرف أصله .

وقال غيره : هو لمن هو بيده ، وهذا نحو قول أشهب ها هنا ، وكذلك الحكم لو أخذها الأول بالصفة فأتى آخر [] دفعها ، أو تحقق أنه لم يسمع صفة الأول لها لا [] أن تكون للأول على قول أشهب وتقسم بينهما على قول ابن القاسم ، كقيام البينة في ذلك .

وأما إن دفعت إلى الأول ثم أتى آخر بعد حين فوصفها ، فلا خلاف أنها للأول، لأن الثانى يحتمل أن يكون سمع صفتها من الأول ، والله أعلم .

ولو أخذها الأول بالصفة ثم أتى آخر فأقام البينة أنها له ، وأقام الأول البينة أنها له وتكافآتا في العدالة لوجب [ق / ٣٤ / ٨ب] أن تبقى للأول ، لأنه زاد الصفة التى أخذها بها .

قال بعض فقهائنا القرويين : ولابن الماجشون : إذا أتى رجل فوصفها أو أقام البينة أنها له ، فقال ملتقطها : دفعتها لمن وصفها ولا أعرفه ولم أشهد عليه ، ضمن لتفريطه ، إذ دفع بغير إشهاد ، ولو أثبت الدفع لبرئ وكانت الخصومة بين الأول والثانى ، ولو دفعها بالصفة ولم يحلفه ، ضمن إذا فلس القابض أو أعدم . وروى عن ابن القاسم : إن اللقطة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل الذمة ، قال : تدفع إلى أحبارهم .

ومن «كتاب اللقطة» : قال: ولا يتجر باللقطة في السنة ولا بعد السنة كالوديعة.

قال مالك : ومن التقط ما لا يبقى من الطعام ، فأعجب إليَّ أن يتصدق به ، كثر أو قل ، ولم يؤقت مالك في التعريف وقتًا .

قال ابن القاسم : فإن أكله أو تصدق به لم يضمنه لربه ، كالشاة يجدها في

الفلاة ، إلا أن يجده في غير فلاة ، وقاله أشهب في كتبه .

قال : فأما في غير الفيافي ، فإنه يبيعه ويعرف به ، فإن جاء ربه دفع إليه الثمن، وليس له غير ذلك .

قال ابن حبيب : وقال مطرف : ومن التقط ما لا يبقى من الطعام في الحضر وحيث الناس فالصدقة أحب إليّ من أكله ، فإن تصدق به لم يضمنه لربه إن جاء ، لأنه مما يؤول بالإمساك إلى الفساد ، ولو كان أكله لضمنه لصاحبه كان تافهًا لإنتفاعه به.

ولو كان في السفر وحيث لا ناس فأكله ، فلا يضمنه لربه إذا كان مما لا يبقى ، ولا يحمل حملاً يرجى بقاؤه وتزوده إلى اليوم ونحوه ، ويصير كالشاة في الفلاة ، وأكله حينئذ أفضل من طرحه . فإن كان مما يبقى ويتزود ، فإنه يضمنه ، أكله أو تصدق به ، وقاله أصبغ .

م : وهذا استحسان ، وهو كالشاة يجدها في الفلاة .

ومن اللقطة : وإن بيعت اللقطة بعد السنة ، فليس لربها إن جاء أن يفسخ البيع، وإن بيعت دون أمر الإمام ، فلربها أخذ الثمن ممن قبضه ، وكذلك قال ابن القاسم في غير « المدونة » في الدواب إذا بيعت .

وقال أشهب في كتبه : وإن بيعت لغير أمر السلطان بعد السنة ، فلربها نقض البيع ، وإن لم يقدر عليها ، فلا شيء له غير الثمن إن باعها خوفًا من الضيعة .

وأما إن باع الثياب وما لا مؤنة في بقائه ، ولا ضرورة به إلى ذلك ، فربه أحق به إن وجده بيد المبتاع .

وإن لم يجده ، فله إن شاء الثمن من البائع أو القيمة يوم بيع ، وكل ما بيع بأمر السلطان ، مضى البيع وليس لربه إلا الثمن .

م : جعل أشهب بيعه للثياب بعد السنة دون أمر الإمام تعديًا ، وجعله ينتقض البيع في الدواب إن كانت قائمة والحديث يدل على خلافه قوله عليه السلام : « **وإلا فشأنك بها**» (١) ، فقول ابن القاسم لهذا أبين .

ومن « المدونة » : وإذا تصدق باللقطة بعد السنة ثم جاء ربها ، فإن كانت قائمة

(١) تقدم .

بيد المساكين فله أخذها ، وإن أكلوها ، فليس له تضمينهم ، لأنه قيل في اللقطة: يعرفها سنة ثم شأنه بها ، بخلاف الموهوب يأكل الهبة ثم تستحق هذا لربها .

م : إن تصدق بها بعد التلوم أن قيمتها لربها ، فربها مخير بين أن يلزمه ما التزم أو يأخذها من أيدى المساكين .

فإن تصدق بها تعديًا أو عن ربها ، فليس لربها إلا أخذها وإن فاتت في الوجهين، لزم ملتقطها قيمتها .

قال أشهب : إن تصدق بها عن ربها فوجدها ناقصة ، فله أخذها ولا شيء له على الملتقط ، أو يتركها ويأخذ من الملتقط قيمتها يوم تصدق بها ، ويرجع الملتقط فيأخذها بنقصها من المساكين ولا شيء له عليهم .

فإن تصدق بها عن نفسه ، فلربها أخذها منهم أو قيمتها من الملتقط ، ثم لا يرجع الملتقط على المساكين بشيء .

ولو أكلها المساكين ، فلربها تضمينهم مثلاً أو قيمة ، إلا أن يبيعوها فليس له إلا الثمن أو القيمة من المتصدق بها عن نفسه أو عن ربها .

قال ابن القاسم : وإن وجدت بيد من ابتاعها من المساكين فله أخذها ، ثم يرجع المبتاع على الملتقط .

وقال غيره : يرجع عليه بالأقل من الثمن الذى دفع إلى المساكين أو قيمتها يوم تصدق بها الملتقط .

م : على قوم ابن القاسم : إن لربها نقض بيع المساكين لها ، وليس له نقض بيع الملتقط ، والفرق أن الملتقط باعها خوفًا من ضياعها وأوقف له ثمنها ، فلم ينقض بيعه لقوله عليه السلام : « **فشأنك بها** » ، والمساكين إنما باعوها على أنها ملك لهم، فلمستحقها نقض بيعهم كنقضه بيع المشترى في الاستحقاق .

م : فإذا أخذها من المبتاع ، رجع المبتاع بالثمن على المساكين إن كان قائمًا بأيديهم ، كما كان لربها أن يأخذ عينها منهم .

وإن أكلوه فالأولى أن يرجع على الملتقط الذى سلط أيديهم عليها كما لو أكلوها، وينبغى أن يرجع عليه بالأقل من ثمنها أو قيمتها يوم الصدقة بها ، ويرجع

بتمام ثمنها على المساكين ، لأنهم البائعون منه ، وبالله التوفيق .

ومن اللقطة : وإن ضاعت اللقطة من الملتقط ، لم يضمن .

قال أشهب وابن نافع : وعليه اليمين .

قال ابن القاسم : وإن قال له ربها : أخذتها لتذهب بها ، وقال هو : بل لأعرف بها، صدق الملتقط .

قال أشهب : بغير يمين .

قال ابن القاسم : ومن التقط لقطة فبعد أن حازها [ق/ ٣٥ / ٨ب] وبان ربها ردها لموضعها أو لغيره ضمنها ، فأما إن ردها في موضعها مكانه من ساعته ، كمن مر في أثر رجل فوجد شيئا فأخذه وصاح : أهذا لك ؟ فيقول : لا ، فتركه فلا شيء عليه ، وقاله مالك في واجد الكساء بأثر رفقة ، فأخذه وصاح : أهذا لكم ، فقالوا: لا فرده ، وقال : قد أحسن في رده ، ولا يضمن .

قال أشهب في غير « المدونة » : ولا يضمن ، رده بقرب ذلك أو ببعد ، ولا إشهاد عليه في رده ، وأكثر ما عليه أن يحلف : لقد ردتها في موضعها ، فإن ردها في غير موضعها ضمن ، وقول أشهب في هذه المسائل ليس من « المختلطة » .

م : ووجه التفرقة بين القرب والبعد ، فلأن في البعد قد يمكن أن يكون ربها رجع في طلبها فلم يجدها ، فيكون قد أتلفها عليه بأخذه لها ، وفي القرب لم يتلف عليه شيئا ، فوجب ألا يضمن .

ووجه قول أشهب : فلأنه كالمودع ، فكما يصدق في تلفها فكذلك يصدق في ردها ، وكرده لما تسلف من الوديعة .

قال ابن القاسم في غير « المختلطة » : وإذا دفع الملتقط اللقطة إلى غيره ليعرف بها فضاعت ، فلا شيء على الملتقط ، وقاله ابن نافع عن مالك .

قال ابن كنانة : وكذلك لو دفعها إليه ليعمل بها ما شاء فلا شيء عليه .

الآبق والجعل عليه ، وكيف إن أطلقه من أخذه أو أبق منه ، واعتراف سيده به وهو في السجن أو بعد بيع السلطان له ، ومسائل مختلفة منه

قال مالك : لم أزل أسمع أن الآبق يحبس على ربه سنة ثم يباع ، ومن أخذ آبقًا رفعه إلى الإمام يوقفه سنة وينفق عليه ، ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبى ، فإن جاء صاحبه وإلا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق وحبس بقية الثمن لربه في بيت المال .

قال سحنون في غير « المدونة » : لا أرى أن يوقف سنة ولكن بقدر ما يتبين أمره، ثم يباع ويكتب الحاكم صفته عنده حتى يأتى له طالب .

م : وهو الصواب ، لأن النفقة عليه سنة ربما أذهبت ثمنه ولكن الحاكم يجتهد في تعريفه ، ثم يبيعه ويوقف بقية الثمن لربه ، وذلك أنفع له .

وقال أشهب : إطلاقه لربه أنفع له ، لأن ربه قد يجده إذا حبس وأنفق عليه ، فقد تستغرق نفقته ثمنه .

ومن «كتاب الآبق» : وأمر مالك ببيع الإباق بعد السنة ولم يأمر بإطلاقهم يعملون ويأكلون ، ولم يجعلهم كضوال الإبل ، لأنهم يأبقون ثانية .

قال مالك في «سماع أشهب» : في الآبق إذا عرف به فلم يعرفه أحد : فليحله خير من أن يبيعه فهلك ثمنه أو يؤكل أو يحبس فلا يجد من يطعمه .

م : قال في ضالة الخيل والدواب : يعرفها ، فإن جاء ربها أخذها ، وإن لم يأت تصدق بها ، يريد : أو بثمنها .

وقال في «الآبق» : يحبسه سنة ، فإن جاء صاحبه وإلا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق عليه وحبس بقية الثمن لربه ، والفرق أن الآبق إنما باعه الإمام ، والحكم فيما باعه الإمام أن يوقف ثمنه لربه في بيت المال ، والخيل وغيرها من الدواب الملتقطة هو الذى أوقفهم عنده، فلذلك قال : يتصدق بهم أو بأثمانهم ، ولو رفعهم إلى الإمام فباعهم الإمام بعد الاستيناء وأوقف بقية أثمانهم كالآبق .

قال بعض أصحابنا : ومن «كتاب الآبق» : قيل : هل لمن وجد آبقًا خارج المصر

جعل إن طلبه ؟

قال : قال مالك فيه : ولم يذكر خارج المصر أو داخله ، إن كان ذلك شأنه يطلب الطوال كذلك ويردها ، فله الجعل بقدر بعد الموضع الذى وجد فيه أو قربه .

وإن لم يكن ذلك شأنه وإنما وجده فأخذه ، فلا جعل له ، وله النفقة .

قال مالك : ومن أخذ آبقًا فأبق منه ، فلا شيء عليه ، وإن أرسله بعد أن أخذه ضمنه.

قال عبد الله بن عبد الحكم : ولو خلاَّه بعد أن أخذه لعذر خاف أن يقتله أو يضربه ، فلا شيء عليه ، وإن أرسله لمشقة النفقة ، فهو ضامن .

قال أشهب في كتابه : وإن أرسله في حاجة فأبق ، والحاجة يوبق بسببها ، فهو ضامن .

وأما حاجة خفيفة في قربه ، فلا شيء عليه .

قال ابن نافع : من أخذ آبقًا ، فقال : أبق منى ، فليكشف أمره فإن كان من أهل التهم ، فإن ظهر أنه أطلقه ضمن ، وإلا لم يضمن ، وجعل له على طلبه جعل أم لا .

قال ابن الماجشون : إذا قال : انفلت منى، لم يكلف بينة على ذلك ، وليحلف: لقد انفلت منه من غير تفريط ولا إضاعة .

ومن «كتاب الآبق» : قال مالك : ومن اعترف آبقًا عند السلطان ، وأتى بشاهد، حلف معه وأخذ العبد .

قال مالك : ولا يستحلف طالب الحق مع شاهدين ، يعنى في المال .

وإن ادعى أن هذا الآبق عبده ولم يقم بينة ، فإن صدقه العبد دفع إليه ، يريد : بعد التلوم وتضمينه إياه .

قال أشهب في كتبه : بعد أن يحلف مدعيه ، ثم إن جاء له طالب لم يأخذه إلا ببينة عادلة . وإن أقر له بمثل ما أقر به للأول .

قال سحنون في «كتاب ابنه» : وإن أقر له العبد بمعرفته ، فليدفعه إليه ولا يكلفه بينة ، إذ لا خصم له فيه إلا أن يأتى بحدثان ما صار إلى الحاكم ،فيتلوم له قليلا خوفًا أن يأتى له بطالب ثالث .

فأما إن مكث أيامًا في الحبس ، فهذا يتلوم وإن طال مقامه في الحبس خير بين أن يدفعه إليه ، ولا يتلوم له لأن طول [ق / ٣٦ / ٨ب] سجنه تلوم ، ثم رجع سحنون فقال : لا يدفع إليه إلا ببينة عادلة ، طال مكثه أو لم يطل .

ومن «**كتاب الآبق**» : وقال في متاع وجد مع اللصوص يدعيه قوم ، لا يعرف ذلك لهم إلا بقولهم : إن الإمام يتلوم فيه ، فإن لم يأت سواهم دفعه إليهم ، فكذلك الآبق .

قال أشهب : لأن هذا أكثر ما يقدر عليه فيه .

وإذا جاء رب الآبق بعد أن باعه الإمام بعد السنة والعبد قائم ، فليس له إلا الثمن ، ولا يرد البيع ، لأن الإمام باعه ، وبيع الإمام جائز .

ولو قال ربه : كنت أعتقته أو دبرته بعد أن أبق ، أو قبل أن يأبق ، لم يقبل قوله على نقض البيع إلا ببينة ، لأنه لو باعه هو نفسه ثم قال : كنت أعتقته أو دبرته، لم يقبل قوله .

وكذلك إن كانت أمة فباعها الإمام بعد السنة ، ثم جاء ربها فقال : قد كانت ولدت مني وولدها قائم ، فإنها ترد إليه إن كان ممن لا يتهم فيها بصبابة ، لأن مالكًا قال فيمن باع جارية وولدها ، ثم استلحق الولد : إنه إن كان ممن لا يتهم على مثلها، ردت إليه .

ولو قال : كنت أعتقتها ، لم يصدق ولم ترد إليه إلا ببينة .

قيل : فإن لم يكن معها ، فقال بعد ما باعها : كانت ولدت مني .

قال : أرى أن ترد إليه إن لم يتهم ، فلذلك قول مالك . ووقع في رواية الدباغ: قال : أرى ألا ترد إليه .

قال : ويجوز لسيد الآبق عتقه وتدبيره وهبته لغير ثواب ، ولا يجوز له بيعه ولا هبته لثواب .

وإذا زنا الآبق أو سرق أو قذف ، أقيم عليه الحد في ذلك .

في كتب القضاة إلى القضاة في الإباق والدواب، والشهرة في ذلك، وعدالة البينة

ابن القاسم : وإذا أتى رجل إلى قاضى بكتـاب من قاضٍ يذكر فيه أنه قـد شهد عندى قوم أن فلانًا صاحب كتابى إليك قد هرب منه عبد صفته كذا ، فجلاه ووصفه في الكتاب ، وعند هذا القـاضى عبد آبق محـبوس على هذه الصفة ، فليـقل كتاب القاضى والبينة التى شهدت فيه على الصفة ، ويدفع إليه العبد .

قيل : ويرى للقاضى الأول أن يقبل منه البينة على الصفة وتكتب بها إلى قاضى آخر ؟

قال : نعم ، لأن مالكًا قال في المتاع الذي سرق بمكة إذا اعـترفه رجل ووصفه ، ولا بينة له تأنَّى الإمام فـيه ، فإن جـاء من يطلبه وإلا دفعـه إليه ، فالعبـد الذي أقام البينة على صـفته فهـو أحرى أن يدفع إليه ،فـإن ادعى العبد ووصفـه ولم يقم البينة طلبه، فـأرى أنه مثل المتاع ينتظر به الإمـام ويتلوم له ، فإن جاء من يطلبه وإلا دفـعه إليه وضمَّنه إياه .

قيل : ولا يلتـفت هاهنا إلى العبـد إن أنكر أن هذا مولاه ، إلا أن يقر أنه عـبد لفلان ببلد آخر ، فإن السلطان يكتب إلى ذلك الموضع ، وينظر إلى قول العبد ، فإن كان كما قال وإلا ضمنه هذا أو أسلمه إليه كالأمتعة .

قال مالك : ومن اعترفت عنده دابة بـيده فقضى عليه ، فـادعى أنه اشتراها من بعض البلدان ، وأراد أن لا يذهب حـقـه ، فله وضع قيـمتـهـا بيد عـدل ، ويمكنه القاضى من الدابة ليـخرج به إلى بلد البائع منـه لتشهد البـينة على عينها ، فـإن قال مستحقها : أنا أريد سفرًا ، وإنما أراد هذا أن يعوقنى عنه .

قيل له : فاستحلف من يقوم بأمرك ويمكن المطلوب من الخروج بها ، ويطبع في عنقها، ويكتب له كتابًا إلى قـاضى تلك البلدة : إنى قد حكمت بهذه الدابة لفلان ، واستخرج لهذا ماله من بائعه ، إلا أن تكون للبائع حجة .

فإن تلفت الدابة في ذهابه أو رجوعه ، أو عورت ، أو انكسرت ، أو نقصها في

ذهابه أو مجيئه ، فهى من الذاهب بها ، والقيمة للذى أعرفها ، إلا أن يرد الدابة بحالها.

وكذلك الرقيق ، إلا أن تكون جارية ، فإنه إن كان أمينًا دفعت إليه ، وإلا فعليه أن يستأجر معها أمينًا ، وإلا لم يدفع إليه .

قيل : فإذا وصل كتب القاضى إلى القاضى ، فأثبت عنده بشاهدين ، هل يكلف الذى جاء بالبغل أن يقيم بينة أن هذا البغل هو الذى حكم به عليه ؟

قال : إن كان البغل موافقًا لما في كتاب القاضى من صفته وصفة خاتم القاضى في عنقه ، لم يكلفه ذلك .

وإن شهد عنده قوم غرباء في بلد لم يعرفوا ، لم يقبلوا ، لأن البينة لا تقبل إلا بعدالة.

وإن شهد قوم على حق ، فعدَّلهم قوم غير معروفين ، وعدَّل المعدلين آخرون ، فإن كان الشهود غرباء ، جاز ذلك وإن كانوا من أهل البلد ، لم يجز ذلك ، لأن القاضى لا يقبل عدالة على عدالة إذا كانوا من أهل البلد حتى تكون العدالة على الشهود أنفسهم.

جامع بقية مسائل الآبق

قال مالك : ومن وجد آبقًا ، فلا يأخذه إلا أن يكون لقريبه أو لجاره أو لمن يعرفه، فأحب إليّ أن يأخذه .

قال ابن القاسم : فإن لم يأخذه فهو في سعة .

قال أشهب في كتبه : إن كان مكان سيده بعيدًا فتركه أحب إليّ ، وإن أخذه فهو في سعة .

وإن كان سيده قريب المطلب فليأخذه أحب إليّ من تركه فيتلفه ، وإن تركه فهو في سعة .

قال مالك : والآبق إذا اعترفه ربه من يديك ولم يتعرفه ، فأرى أن يدفعه إلى الإمام إن لم يخف [ق/ ٣٧ / ٨ب] ظلمه .

قال أشهب : وإن أقر له العبد بالملك ، فأنت في سعة من دفعه إليه ، ودفعك إليه بأمر الإمام أحب إليّ .

وإن جحد العبد أن يكون سيده ، فلا يدفعه إليه ، فإن فعل ضمنته .

قال : وكذلك إن اعترفه ربه بيد الحاكم ولم تقم بينة ، لم يدفع إليه إلا أن يقر له العبد بالملك ،لأنه لو اعترف بالرق لغيره لكان له ، ولم ينفع هذا ما عرف من حليته وصفته .

قال ابن القاسم : ومن استأجر آبقًا فعطب في عمله ولم يعلم أنه آبق ، ضمنه لربه ، وقاله مالك فيمن آجر عبدًا على تبليغ كتاب إلى بلد ولم يعلم أنه عبد ، فعطب في الطريق: إنه يضمنه لربه ، لأن من ابتاع سلعة من السوق فأتلفها هو نفسه أنه يضمنها .

وقال أشهب في كتبه : لا ضمان عليه إذا علم أنه لم يعلم أنه مملوك ، وإنما يضمن من استعمل عبدًا أو مولى عليه وهو يعلم بذلك عملاً مخوفًا ، فتلف فيه .

قال ابن القاسم : وإن آجرت الآبق ، فالإجارة لربه ، وإن استعملته لزمك قيمة عمله لربه ، لأن ضمانه منه ونفقته عليه ، وإنما يضمن الآبق إذا استعمله في عمل يعطب في مثله فهلك فيه .

وإن استعمله في شيء فسلم ، فلربه الأجر فيما له بال من الأعمال .

وكذلك من استعمل عبدًا لرجل .

وإذا أبق المكاتب ، لم يكن ذلك فسخًا لكتابته إلا بعد حلول النجم ، وتلوم الإمام له .

ومن أعتق عبدًا له آبقًا عن ظهاره ، لم يجزئه ، إذ لا يدرى أهو حى أو ميت ، أو معيب أو سليم ، إلا أن يعرف في الوقت موضعه وسلامته من العيوب ، فيجزئه، أو يعلم ذلك بعد العتق ، فيجزئه وإن جهله أولاً .

وإذا علم أن الآبق عند رجل ، جاز أن يباع منه أو من غيره ممن يوصف له إذا وصف أيضا للسيد حاله الآن وصفته ولا يجوز النقد فيه إذا كان بعيدًا ، وهو كعبد غائب لرجل باعه .

وقال أشهب في كتبه : لا يجوز النقد فيه ، وإن كان على مسيرة ليلة .

قال أبو محمد : وليس هذا قول مالك في شراء الغائب .

قال سحنون : وإن وقع الآبق عند حاكم عدل فحبسه ينتظر به مولاه ، فباعه وهو في السجن ، فلا يجوز بيعه إياه ، لأن فيه خصومة ، لأن مولاه لا يأخذ بدعواه إلا ببينة ، فباعه قبل أن يستحقه .

ومن «كتاب الآبق» : وإذا أبق العبد الرهن لم يضمنه المرتهن ويصدق في إباقه، ولا يحلف وكان على حقه .

وفي رواية الدباغ : ويحلف ، فإن وجده سيده وقامت الغرماء عليه ، فالمرتهن أولى به إذا كان قد جازه المرتهن قبل الإباق ، إلا أن يعلم المرتهن بكونه بيد الراهن ، فيتركه حتى فلس فهو أسوة الغرماء فيه .

قال مالك : وإذا أبق عبد مسلم إلى دار الحرب ودخل إليهم مسلم بأمان ، فاشتراه ، لم يأخذه منه سيده إلا بالثمن الذى أدى ، اشتراه بأمره أو بغير أمره .

وكذلك عبيد أهل الذمة وإذا أسر العدو ذميًا ، فظفرنا به ، رد إلى حريته ، وقع في المقاسم أو لم يقع ، لأنه لم ينقض عهدًا ولم يحارب ، فإن فات العبد بعتق عند الذى اشتراه ببلد الحرب ، أو كانت أمة فأولدها مشتريها ، مضى ذلك ولم يرد ، بخلاف من ابتاع عبدًا في سوق المسلمين ولا يعلم أن له سيدًا غير الذى باعه ، ثم استحقه سيده ، أنه يأخذه بغير ثمن ، والأول لا يأخذه إن شاء إلا بالثمن ما لم يفت بعتق كما ذكرنا .

جامع مسائل التعدى ، وهى متقدمة في اللقطة ، إذ ليس ذلك موضعها

قال ابن القاسم : ومن حل دواب من مرابطها ، فذهبت ، ضمنها ، لأن مالكًا قال فيمن فتح حانوتًا مغلقًا ، لا يسكن فيه أحد فسرق منه ، ثم تركه مفتوحًا وليس فيه ربه ، فذهب ما في الحانوت : إن السارق ضامن لما ذهب من الحانوت .

ومن فتح دارًا فيها دواب ، فذهبت ، فإن كانت الدار مسكونة فيها أهلها ، لم يضمن. وإن لم يكن فيها أربابها ضمن؛ فكذلك السارق يدع الباب مفتوحًا وأهل الدار نيام أو غير نيام ، فلا يضمن ما ذهب بعد ذلك ، وإنما يضمن إذا ترك الباب مفتوحًا وليس أرباب البيت فيه .

وقال أشهب : إذا كانت الدواب التى في الدار مسرجة ضمن وإن كان أربابها نياما .

م : والقياس أنه إذا ترك الباب مفتوحا أنه يضمن وإن كان أهلها فيها ، لأنه سبب تلفه إذا لم يعلم ربها بفتحه ، ولكن أراه إنما لم يُضمِّنه خوفًا أن يكون ربها علم بفتحه وترك أن يغلقه ، فلم يضمنه بالشك ، والله أعلم .

قال ابن القاسم : ولو خرجت امرأة من بيتها إلى زيارة جارتها ، وأغلقت على متاعها الباب ، فسرق منه سارق وتركه مفتوحًا ، فسرق ما في البيت بعده ، ضمنه .

وكذلك الحوانيت يتركها مفتوحة غير مسكونة .

ومن فتح باب قفص فيه طير ، فذهب الطير ضمن ، ومن حل عبدًا من قيد بيديه فذهب العبد ، ضمن .

وفي «كتاب محمد» : لو قيد هذا العبد ، ودفعته إليه فتركه لم تعيده ، لضمن .

وكذلك [ق / ٣٨ / ٨ب] لو قلت له : صب في جرة الزيت في هذه الخانية إن كانت صحيحة ، فصب فيها وهى مكسورة ، لضمن .

ولو قال : نسيت أن أنظر إليها قال : يضمن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء.

وقال في الذى أمره أن يجعل هذا الطير في القفص ويغلقه ، فجعله وترك بابه

مفتوحًا، وقال : نسيت أن أغلقه ، قال : لا ضمان عليه .

م : وهذا والأول سواء ، وذلك اختلاف قول ، وهذا كالاختلاف فيمن أذن له أن يمشي في موضع ، فمشى على آنية فكسرها ، قيل يضمن ، وقيل : لا يضمن.

ولذلك مسألة الطير والصب في الجرة ، وقد يفرق بينهما : أن هذا إنما أذن له أن يصب في جرة صحيحة ، فمتى صب في مكسور صار غير مأذون له في ذلك ، ومسألة الطير أذن له في جعله في القفص فجعله ، فقد فعل ما أذن له فيه وإنما نسى غلقه ، فهو كمن أمره أن يغلق قفص طير ، فنسى غلقه ، فوجب ألا يضمن .

ومن الذى دفع إليه عبده ، وقال له : قيده ، فتركه فذهب إن العبد دفع إليه ، والطير لم يدفعه إليه ، وإنما قال له : اغلق عليه ، والله أعلم .

تم «كتاب اللقطة والآبق» من « الجامع » لابن يونس ، بحمد الله وعونه .

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه

كتاب حريم الآبار

وجامع القول في حريم الآبار والعيون والأنهار والنخل والأشجار

ومن غير « المختلطة » : روى أشهب عن سفيان عن ابن شهاب عن ابن المسيب أن النبي ﷺ قال : « **في حريم البئر العادية خمسون ذراعًا ، وفي البئر البادية خمس وعشرون ذراعًا** » .

قال : وفي بئر الزرع خمسمائة ذراع .

قال ابن شهاب : لا أدرى حريم بئر الزرع في الحديث أم من قول سعيد .

وذكر ابن وهب الحديث عن يونس عن ابن شهاب عن ابن المسيب ، وذكر أن قول ابن المسيب في البئر العادية وبئر البادية مثل ما تقدم من نواحيها كلها ، وقال في بئر الزرع : ثلاثمائة ذراع .

قال ابن شهاب : وسمعت الناس يقولون في حريم العيون : خمسمائة ذراع ، والأنهار ألف ذراع .

وفي حديث آخر لابن وهب عن عمر بن الخطاب : في البئر العادية خمسون ذراعًا، وبئر الزرع ثلاثمائة ذراع ، والعيون خمسمائة ذراع وبئر البادية خمسة وعشرون.

قال أشهب : وإنما هذا حكومة تبتدأ كحكومة الصيد ، ويوقف فيه الحكم فيه مجتهد في ذلك كله بقدر ما لا يضر بذلك من سبق فليحفر وإن كان أقل كما مضى ممن حده .

وأما ما يضر فيمنع ، وإن كان على أبعد مما مضى فيه من الحد ، لأن النبي عليه السلام قال : « **لا ضرر ولا ضرار** » [1] ، وكذلك حريم العيوم والآبار يختلف باختلاف الأرض في لينها وشدتها ، وهذا في إحياء الموات .

---

(١) أخرجه أحمد (٢٨٧٦) والطبراني فى «الكبير» (١١٨٠٦) وفى «الأوسط» (٣٧٧٧) وأبو يعلى (٢٥٢٠) من حديث ابن عباس ـ رضى الله عنهما .

وأما من حفر [] حـقه وما اختطه أفاق أو ابتاعه ، فإنما يراعى فـيه أن لا يضر ما فعل بجاره إن كان [] من احتفـار ذلك ، ولم يضطر إليه فإن كان به ضر [] ذلك ولا مندوحة ، فله أن يحتفر في حقه وإن أضـر ذلك بجاره ، لأنه قد أضر به ، تركه كما يضر بجاره حفـره ، فهذا حقه أن يمنع جاره أن يضر به في منعـه الحفر ، لأنه ماله ، وهذا أيضًا قول مالك .

وقال ابن القاسم في باب بعد هذا : ومن حفر بئرا بعيدة من بئرك ، فانقطع ماء بئرك من حفره وعلم ذلك ، فلك ردم بئره عليه .

م : وقد وجه أشهب قوله ووجه قـول ابن القاسم قوله عليه السلام : « **لا ضرر ولا ضرار** » .

م : ولأن الضررين إذا تقابلا فالأول أولى .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وليس لبئر ماشية عند مالك ولا لبئر زرع أو غير ذلك من الآبار حريم محدود ، ولا للعيون إلا ما يضر بها .

قال مالك : ومن الآبار آبار تكون في أرض رخـوة ، وأخرى في أرض صلبة أو في صفا ، فـإنما ذلك على قدر الضرر بالبئر ، ولأهل الـبئر منع من أراد أن يبنى أو يحفر بئـرًا في ذلك الحريم ، لأنه حق للبئر وضرر بهم ، ولو لـم يكن على البئر من حـفر بـئر آخـر ضـرر لصلابـة الأرض لكان لهم منعـه لما يضـر بهم من مناخ الإبل ومرابض المواشى عند ورودها .

وسأل ابن غانم مـالكًا عن حريم النخلة ، قال : قدر مـا يرى أن فيه مصلحـتها ويترك ما أضر بها .

قال : وسـئل عن ذلك أهل العلم به ، وقـد قالوا : من اثنـى عشر ذراعًـا من نواحيها كلها إلى عشرة أذرع ، وذلك حسن .

ويسأل عن الكرم أيضًـا وعن كل شجرة أهل الـعلم أيضًا ، فيكون لكل شـجرة بقدر ما يصلحها .

فيمن له منع الماء
والكلأ أم لا : [ق / ٣٩/ ٨ب]

ومن غير « المختلطة » : وروى ابن وهب : وكل من حفر بئرًا في أرضه أو في [ ] فله منعها وبيع مائها ، وله منع المارة من مائها إلا بثمن إلا في ما لا ثمن معهم .

وإن تركوا إلى أن يردها غيره هلكوا ، فلا يمنعون ، ولهم جهاد من منعهم.

قال ابن المواز : قال ابن القاسم إذا وقفوا على الموت إن لم يشربوا ، ولم يكن عندهم ثمن ، أو كان عندهم ثمن فبذلوه ، فلم تقبل منهم فلهم قتال من منعهم .

قال محمد : وكذلك الطعام إذا لم يجدوا ميتة لهم .

ومن «كتاب حريم البئر» : قال ابن القاسم : ومن حفر في غير ملكه بئرًا لماشيته أو شفة، فلا يمنع فضلها من واحد ، وإن منعوه حل قتالهم ، لأن النبى عليه السلام قال : «**لا يمنع نفع بئر** » (١) ، وقال عليه السلام : « **لا يمنع فضل الماء** » .

قال ابن القاسم : وإن منعوهم الماء ولم يقووا المسافرون على دفعهم حتى ماتوا عطشًا، فدياتهم على عواقلهم ، والكفارة على كل نفس منهم على كل رجل من أهل الماء مع وجيع الأدب .

م : فواجب على كل من خاف على مسلم الموت أن يجيبه بما قدر عليه .

فإذا كان الماء مما يحل لأصحابه بيعه ، وجب عليهم بيعه من المسافرين بما يساوى أو لا يشتطوا عليهم في ثمنه ، ولم يرى ها هنا أن يأخذوا ماءً بغير ثمن إن كان معهم .

وقال في الذى انهارت بئره وخاف على زرعه أن الهلاك أن يسقى بماء جاره الذى يجوز له بيعه بغير ثمن ، وإحياء نفسه أعظم من [ ] والأولى في كلا الأمرين أن يأخذ ذلك بالثمن ، كما لو مات جمله في الصحراء لكان على بقية الرفقة أن يكروا منه .

---

(١) تقدم .

وإن كان المسافرون لا ثمن معهم وجب مواساتهم للخوف عليهم ، ولا يتبعون بثمنه وإن كانت لهم أموال ببلدهم ، لأنهم اليوم أبناء سبيل يجوز لهم أخذ الزكاة لوجوب مواساتهم .

وقد قال أشهب في الذى انهارت بئره : إن له أن يسقى بفضل ماء جاره بثمن إن كان له ، وإن لم يكن له سقى بغير ثمن فأسقط عنه الثمن إن لم يكن عنده مع كونه موسراً بنصيبه الذى يسقيه ولم يبع ثمرة ، فالمسافرون أولى أن لا يبيعوا فضلاً .

م : **قال بعض فقهاء القرويين** : وإنما كانت الديات على عواقل المانعين إذا مات المسافرون عطشًا ، لأنهم لم يقصدوا قتلهم ، وإنما تأولوا أن لهم منع مائهم ، وهذا أمر يخفي على الناس .

وأما لو قصدوا إلى منعهم من الشرب بعد علمهم أن ذلك لا يحل لهم ، وأنهم متى لم يسقوهم ماتوا ، لأمكن أن يقتلوا بهم وإن لم يلوا القتال بأيديهم ، وقد اختلفوا فيمن تعمد الزور في شهادته حتى قتل بها المشهود عليه ، فقيل : يقتل ، وفي « المدونة » : لا يقتل .

ومن **«كتاب حريم الآبار»** : وروى أن عمر قال : من أحيى فلاة من الأرض ، والحجاج والمعتمرون والدين يغزون وأبناء السبيل أحق بالكلأ والماء ، فلا يحجروا على الناس والأرض .

وكان على بن أبى طالب رضي الله عنه يأمر أهل المياه بسقاية المارة من غير بيع ، ولا يمنع فضل الماء عن أحد احتاج إليه من أهل الإسلام .

وروى أن عمر رضي الله عنه أهدر جراحات أصحاب الماء ، وأغرمهم جراحات أبناء السبيل حين اقتتلوا عليه .

وقال : ابن السبيل أولى بالماء من الثاوى عليه حتى يرووا .

وروى ابن وهب أن النبى عليه السلام قال : « **لا يقطع طريق ولا يمنع فضل ماء**» [1] ، ولابن السبيل عارية الدلو والرشاء والحوض إذا لم تكن أداة تعينه ، ويخلى بينه وبين الركية فيستقى .

قال في « المدونة » : ومن حريم البئر : قيل : فالحديث الذى جاء لا يمنع فضل

---

(١) تقدم .

ليمنع به فضل الكلأ ، والناس فيه سواء ، كان لا يعرفه مالك أو كان يأخذ به .

قال : سمعت مالكًا يقول : لا بأس أن يمنع الرجل كلاء أرضه إذا احتاج إليه .

وإن لم يحتج إليه ، فليخل بين الناس وبينه .

قيل : فالحديث الذى جاء لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ .

قال : ما أحسب ذلك إلا في الصحارى والبرارى ، وأما في القرى والأرض المحجورة، فلهذا منع كلاءها عند مالك إذا احتاج إليه .

ومن « المجموعة » و«كتاب ابن حبيب» : روى مالك أن النبي ﷺ قال : « **لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ** » (١) .

قال مالك : ومعنى ذلك في آبار الماشية إذا منع فضل الماء لم يرع ذلك الملأ الذى بذلك الوادى إذا لم يجد ما يسقى به ، فصار منعًا للكلأ وذلك في آبار الماشية التى في الفلوات لا يباع ولا يورث ، وصاحبها الذى احتفرها أو ورثته أحق بمائها يسقون قبل غيرهم ، ثم ليس لهم منع الناس من أن يسقوا بفضلها .

قال : وهو قول ابن الماجشون .

وقال ابن عبد الحكم : وهو قول جميع أصحابنا وروايتهم عن مالك ، وقاله أصبغ .

ومن «كتاب حريم البئر» : وإذا حرث جارك على غير أصل ماء ، فلك منعه من أن يسقى أرضه بفضل ماء بئرك الذى في أرضك إلا بثمن إن شئت وأما إن حرث ولأرضه بئر، فانهارت ، فخاف على زرعه ، فإنه يقضى له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن .

وإن لم يكن في مائك فضل ، فلا شيء له .

وروى عن مالك أنه يرجع عليه بالثمن ، وقاله أشهب إن كان مليًا ، وإلا لم يتبع بشيء .

م : فوجه قوله : بغير ثمن ، فلأن ذلك حق على الجار على طريق الإعانة مع كون [ق/ ٤٠/ ٨ب] أصل الماء مباحًا .

م : وكما لو احتاج إليه لشربه ، وقد اختلف في تأويل قوله عليه السلام : « **لا يمنع نفع بئر** » (٢) ، فقيل : هو كما ذكرنا إذا انهارت بئر لجاره أنه يسقى ببئر جاره

(١ ، ٢) تقدما .

إلى أن يصلح بئره ، ولا يبتدئ زرعًا على بئر جاره بعد انهدام بئره ، وقيل : ذلك في البئر بين الشريكين سقى هذا يومًا وهذا يومًا ، فيروى أحدهما نخله في بعض يومه ، إنه يعطى البقية لشريكه، ولا سبيل له إلى منعه ، لأنه يمنعه ما لا ينتفع به ، وهذا كله يدل على أن لا ثمن له ، موجه القول بالثمن فلأن وجوب البدل خوفًا من الإتلاف وذلك لا يتضمن ترك العوض اعتبارًا بالطعام .

م : ويحتمل أن يكون وجه الرواية الأولى أن لا ثمن لفضل مائه ، ووجه الثانية أن له ثمنًا ، فاختلف الجواب لاختلاف المعانى ؛ وإذا كان لا ثمن له ولا ينتفع صاحبه بفضله ، فما الذى يمنع الجار أن يبتدئ الزرع عليه ؟!

قال ابن حبيب : قال مطرف عن مالك : له أن يسقى بفضل ماء جاره إلى أن يصلح بئره ، ويقضى له بذلك ، ويدخل في معنى الحديث : « **لا يمنع نفع بئر**» (١)، وليس له تأخير إصلاحه اتكالاً على فضل ماء جاره ، وليؤمر بالإصلاح ولا يؤخره .

قال مالك : وذلك في النخل والزرع الذى يخاف عليه الهلاك إن منع من السقى إلا صلاح بئره .

قال عبد الوهاب : فإن ترك التشاغل بإصلاح بئره اتكالاً على بئر جاره ، لم يلزم جاره بذل الماء له ، لأنه يصبر كمن زرع ابتداءً على غير ماء اتكالاً على بئر جاره.

ومن « المجموعة » : وروى ابن وهب أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له: لى زرع كاد يستضرم ، فانهارت بئرى .

قال : انظر أدنى بئر من حائطك فاهدم جدارك إلى بينك وبينها ثم اسقه منها حتى تضرمه وقضى بذلك في النخل فيها ثمر يخشى هلاكه إلى أن يصلح بئره .

قال مالك : وهو يشبه قول النبى عليه السلام : « **لا يمنع نفع بئر** » (٢) .

ومن « المختلطة » : وسئل مالك عن ماء الأعراب يرد عليهم أهل المواشى يسقون، فيمنعونهم فقال : هل ذلك الماء أحق ببهائمهم حتى يرووا ، فإن كان فيه فضل ، سقى هؤلاء والحديث : « **لا يمنع فضل الماء** » (٣) ، هو بفضل عنهم .

وكذلك بئر الماشية ، الناس أولى بفضله .

(١ ـ ٣) تقدم .

وأما بئر الزرع ، فصاحب البئر أولى بفضله ، وكثير من معانى هذا الباب الذى يليه.

في بيع ماء العيون والآبار ، وكنسها ، والشفعة فيها ، ومن أرسل في أرضه ماءً أو نارًا فوصل إلى أرض جاره ، أو أراد أن يجرى ماء أو يمر إلى عينه في أرض جاره، وبيع الخصب والسمك في الغدر

قال مالك : ولا بأس بشراء شرب يوم أو يومين من عين أو بئر دون الأصل ، أو شراء أصل شرب يوم أو يومين من كل شهر ، ولا شفعة في ذلك إن كانت الأرض قد قسمت .

قال مالك : وإذا قسمت الأرض وترك الماء ، فباع أحدهم نصيبه من الأرض بغير ما باع نصيبه من الماء بغير أرض ، فلا شفعة في ذلك ، وإنما الشفعة في الماء إذا لم تقسم الأرض .

وإذا باع أحدهم حصته من الماء ثم باع الآخر بعده حصته من الماء ، لم يدخل البائع الأول معهم في الشفعة في الماء بحصته من الأرض .

وكذلك لو باع أحدهم حصته من الأرض وترك الماء ، ثم باع الآخر حصته من الماء ، لم يكن للأول فيها شفعة لمكان ما بقى له من الماء .

وإذا كانوا شركاء في الأرض والماء ، فاقتسموا الأرض ، ثم باع أحدهم حصته من الماء، فلا شفعة له فيما باع بحصته فضل .

قال مالك : وإذا كان لرجل ماء خلف أرضك ، وله أرض دون أرضك ، فأراد أن يجرى ماءه في أرضك إلى أرضه ، فلك منعه من ذلك .

وكذلك لو كان له في أرضك مجرى ماء ، فأراد أن يحوله من أرضك إلى موضع آخر أقرب منه ، فلك منعه .

م : لأنه معاوضة في أرضك بغير إذنك .

قال : وليس العمل على ما روى عن عمر بن الخطاب بيع عبد الرحمن ، ولا الحديث الآخر في خليج الضحاك .

وروى عن مالك أنه أخذ بما روى عن عمر في تحويل ممر الماء من ناحية في أرضك إلى ناحية أخرى من أرضك ، وقاله ابن نافع .

م : وهذا على ما روى عن عمر ، وإذا كان له أن يجرى في أرضكم ، وأن يكون له فيها مجرى على قوله ، فتحويل مجراه أولى ، لأنه لم يرد عليك ضررًا .

وأما لو أراد رب الأرض نقل مجراك إلى موضع آخر لا ضرر عليك أنت في صرف مائك إليه ، لأنه يصل إلى الموضع الذى كنت تصرفه إليه من غير بعد ، لم يكن لك منعه.

وإن اكتريت من رجل شرب يوم من كل شهر من هذه السنة من قناته بأرضك هذه يزرعها سنته هذه ، جاز ذلك ، لأنك لو اكتريت أرضك بدين جاز ذلك .

وإذا كانت بين رجلين بئر ، فانهارت ، أو عين فانقطعت فعملها أحدهما وأبى الآخر أن يعمل ، لم يكن للذى لم يعمل من الماء قليل ولا كثير وإن كان فيه فضل ، إلا أن يعطى شريكه نصف ما أنفق .

وإذا احتاجت قناة أو بئر بين شركاء [ق / ٤١/ ٨ ب] لسقى أرضهم إلى الكنس ، لقلة مائها ، فأراد بعضهم الكنس وأبى الآخرون ، ومن نزل الكنس ضرر بالماء وانتقاص ، والماء يكفيهم أو لا يكفيهم أو لا يكفي الذى شاء الكنس خاصة ، فلمن أراد الكنس أن يكنس ، ويكون أولى بما زاد لما في كنسهم دون من لم يكنس حتى يؤدوا حصتهم من النفقة ، فيرجعوا إلى أخذ نصيبهم من جميع الماء .

وكذلك بئر الماشية إذا قل ماؤها ، فأراد بعضهم الكنس وأبى الآخرون ، فهى كبئر الزرع ، فإن كنسه بعضهم كان جميعهم فيما كان من الماء قبل الكنس على قدر حقوقهم ، ثم يكون الذين كنسوا أحق بما زاد من الماء بكنسهم .

فإذا رووا كان الناس وأباة الكنس في الفضل سواء حتى يؤدوا حصتهم من النفقة، فإذا أدوا كان جميع الماء بينهم على قدر ما كان لهم بين الناس في الفضل شرعًا سواء .

م : ومن « المستخرجة » : إذا انسدت القناة في أولها أن الأوليين يكنسون أولاً، ولا كنس على من بعدهم .

فإن استدت في آخرها ، كنس الأولون مع الآخرين .

م : وهذا إنما يصح في قنوات المراحيض ، لأنها إذا انسدت في أولها وكان باقيها غير مسدود ، فالضرر إنما يقع على الأوليين خاصة منفذاً ولا منفذ لجرى مائهم وأنقى لهم ، وأما من بعدهم فلا سد في مجراهم ، ولا ضرر يلحقهم .

وإن استدت في آخرها ، فالضرر يلحق الجميع ، لأنها إذا استدت على الآخرين طلع السد إلى الأولين فأضر بجميعهم .

فأما سواقى السقى والمطاحين فإن استدت في أولها أو خربت قبل أن يصل إليها إلى انتفاع أحدهم ، فكنسها على جميعهم ، إذ لو لم يصلح ذلك لم يصل الماء إلى أحد منهم، فإذا بلغ الكنس إلى الأول وتم له الانتفاع من غير ضرر يلحقه لو لم يكنس بقيتها ، ارتفع الكنس عن هذا وكنس الباقون، ثم إذا تم انتفاع الثانى أيضا ارتفع الكنس عنه ، ثم كذلك الثالث والرابع إلى آخرهم .

وأما إصلاح أهل العيون والآبار ، فقد جرى في « العتبية » و « المجموعة » : قال سحنون : قال ابن القاسم في قول مالك في الماء بين الرجلين فيغور ، فيقال لأحدهما : اعمل ولك الماء كله ، أو اعمل مع صاحبك إن كانت أرض مشتركة من نخل أو أصول ، أو أرض فيها زرع زرعاه فانهارت البئر ، فيقال لمن أبى العمل : اعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الأصل أو الماء أو قاسمه الأصل فتأخذ حصتك ويأخذ حصته ، فمن أحب حينئذ أن يعمل عمل ، ومن أحب أن يترك ترك ، ومن عمل منهم كان له الماء كله حتى يعطيه شريكه ما ينوبه من النفقة ، فيرجع على حقه من الماء .

والشريكان في الأصول والزرع إذا انهارت البئر كالشريكين في الدار تنهدم ، فإما بنى مع صاحبه ، وإلا قاسمه العرصة .

قال سحنون : وقال ابن نافع : والمعتبرة إنما هذا في البئر ليس عليه جناب ولا زرع ولا نخل ولا غيره .

يريد : إنه لا يلزم أحدهما العمل .

فأما بئر عليها جنات فيأبى أحدهما أن يعمل ، فإنه مخير أن يعمله أو يبيع لمن

يعمل ، كالعلو لرجل والسفلى لآخر فتنهدم ، فإن صاحب السفل يخير بين أن يعمل أو يبيع ممن يعمل ، وإلا بيع عليه .

قال سحنون : وكذلك الحائط بين الرجلين ، قياس ذلك واحد لا يفرق بينهم إلا متخيراً إذا انهدمت البئر أو الحائط .

وأما السفل فيجبر صاحبه على أن يعمل أو يبيع ممن يعمل ، فإن أبى بيع عليه ، وهو قول كبار أصحابنا .

وقال أشهب في « المجموعة » عن مالك : إنما يكلف أن يعمل مع شريكه إن لم تخرب البئر أو العين .

وأما إذا قلَّ مـاؤها وتكاد أن تنقطع وتخرب ، فهـذه من دعى منهما إلى عـملها جبر الآخر على ذلك ،لأنه إذا أبى ذهب بقية مائها فماتت كلها ، فلا يترك .

وهذا من الضرر المنهى عنه فإن أبى ضرب حتى يعمل أو يبيع .

فأما إن خربت البئر أو العين فانقطع ماؤها ، فلا يجبر على العمل في هذا ، فإن شاء شريكه أن يعمل فيكون أحق بجميع الماء حتى يعطيه شريكه نصف ما أنفق ، فذلك له .

وإذا أعطاه كان الماء بينهما فيما يستقبل ، ولا شيء على العامل فيما شرب قبل ذلك .

قال ابن نافع : إن كان ليس فيـها من الماء ما يكفي أحد الشـريكين فإن من دعى إلى عمارتها جبر عليه صاحبه .

فـإن لم يكن عنده مال جـبر على بيـع نصيـبه ممن يعـمر ، لأنه يخـاف عليهـا الخراب. وأما التى قد خربت ، فقال مالك : لا يجبر صاحبه على العمارة .

وأما التى قلَّ مـاؤها ولم يبق منها إلا ما لا يكفي أحد الشـريكين لكثرة نخله ، ولكنه يكفي شـريكه لقلة نخيله ، فـلا يجبر صـاحب القليل على العـمل ، ويعمل الآخر ويكون للذى لم يعمر قدر حصتـه من الماء قبل العمل ، وللآخر بقية الماء حتى يعطيه ما ينوبه في النفقة .

قال ابن نافع : ومالك يقول : يعطيه حصته من النفقة على غلاء ذلك ورخصه ، فأنا أرى أن يعطيه قدر ذلك من قيمة العمارة ، من كان له الربع أعطاه ربع القيمة يوم يأخذه ، لأن المنفق قد أبلى ذلك وأخلقه ، فليس [ق / ٤٢ / ٨ب] له أن يأخذ ثمن ذلك جديداً ، فإنما يقوم يوم يقوم وقد بلي وخلق ، والقيمة في هذا وشبهه أعدل إن شاء الله .

م : وتحصيل اختلافهم في ذلك على أربعة أقوال : قول ، سواء انهارت أو نقص ماؤها يقال لمن أراد الإصلاح : أصلح وأنت أحق بالماء حتى يعطيك شريكك حصته مما أنفقت ، فيكون على حقه من الماء ، وهذا إذا لم يكونوا شركاء فيما يسقى به من نخل أو كرم أو زرع .

فإن كانوا شركاء فتهورت البئر ، قيل للثاني : اعمل مع صاحبك أو بع حقك من الأصل والماء ممن يعمل ، أو قاسمه الأصل ، فإذا قاسمته ممن أحب أن يعمل كان له الماء كله حتى يعطيه الآخر حصته من النفقة ، والشريكان في الأصول والزرع كالشريكين في الدار تنهدم ، فإما بنى مع صاحبه وإلا قاسمه العرصة .

وقيل : سواء كانوا شركاء فيما يسقى به أم لا، إذا تهورت قيل : اعمل أو بع ممن يعمل ، كالعلو لرجل والسفل للآخر ينهدم ، والحائط بين الرجلين ينهدم ، فإنه يجبر أن يعمل أو يبيع ممن يعمل ، هذا كله قياس واحد ، إلا أن يكون بئر لا جنات عليها .

وقيل : إنما يكلف إلا في العمل إذا لم يخرب البئر وإنما قلَّ ماؤها ويكاد ينقطع، فهذا يجبر على أن يعمل أو يبيع ممن يعمل .

وأما إن خربت ، فلا يجبر ، فإن عمل صاحبه كان أحق بالماء حتى يعطيه الآخر حصته من النفقة ، فيقتسمان الماء فيما يستقبل ، ولا شيء على العامل فيما استقى قبل ذلك .

وقيل : إن نقص الماء حتى لا يكفي أحد منهما ، جبر الآبى منهما أن يصلح أو يبيع ممن يصلح .

وأما إن خربت البئر أو قلَّ ماؤها وفي حصة الآبى ما يكفيه ، فلا يجبر الآبى

ويصلح الآخر إن شاء ، ويكون أحق بالماء كله في خـرب البئر ، أو بما زاد كنسه في نقصانه ، حتى يعطيه صاحبه حصته من النفقة على غـلاء ذلك ورخصه يوم أنفق .

وقيل : بل ثمنها يوم القيام عليـه ، لأن المنفق قد أبلى ذلك وأخلقه ، فإنما يقوم يوم يقوم ، وبالله التوفيق .

م : أما إن لم يكن إلا الكنس أو الحفر ، فكما قال مالك ، وأما في مثل السانية والقواديس والحبال ، فمثل ما قال ابن نافع ، لأن ما عمله بلى .

م : واختار بـعض فقهاء القـرويين في كنس آبار الأرضيين وإصلاحهـا إن كانت الأرض لا تنقسم وهـم شركاء فـيها وقـد درعهـا ، فيجـبر من أبى العـمل من أحد الشريكين أن يبـيع نصيـبه ممن يعمل ، إذ لا يقـدر على القسم وإن لم تكن مـزروعة وفيهـا نخل ولا ثمر فيهـا حتى يجوز قسمـتها فحـينئذ يقسم مع صاحـبه أو يبيع أو يعمل.

وأما إن كـان نصيـبهم من النخل أو الأرض مـقسومًـا ولم يبق إلا شركـتهم في البئر، فيـحتمل أن يكون هو الذى أريد ألا يجبر على العمل وأن صـاحبه يعمل ، أو يكون أحق بما زاد الماء ، لأنه لا شـركة بينهمـا في الأصول ، فلا يكـلف بيع أصوله بشركتهما في البئر .

م : وظاهر كـلام سحنون أن ذلك سـواء ، ويقال لصـاحبه : اعـمل أو بع ممن يعمل، فإن كان مقسومًـا فكالسفل والعلو ، والحائط بين الرجلين ينهدم ، فإذا بنى أو صلح وأخرج الماء بإصلاحه ، لم يكن للذى لم يصلح بقدر جزئه من البئر من الماء ، لانتفاع المصلح بجزئه قبل الإصلاح .

م : وقد قيل في الـرحى بين الرجلين تنهدم ، فيدعـو أحدهما إلى إصلاحـهما ويأبى ذلك الآخر ، فيقال للآبى : إما أن تبنى ، وإما أن تبيع ممن يبنى .

قال عيسى : فلو عمل أحدهما وطحنت واغتل منها غلة كثيرة ، فقد اختلف في ذلك، فقـال ابن دينار : يكون للعامل من الغلة بقـدر ما أنفق ، وما كـان له قبل أن ينفق ، ويكون للذى لم يعمل بقدر ماله من قاعتها وبقية سدها وحجارتها .

وقال ابن القاسم مرة : الغلة كلها للعامل دون من لم يعمل حـتى يدفع قيمة ما

عمل ، كالبئر يغور ماؤها فيعمل أحدهما ، فالماء للعامل .

وقال أيضًا : يستوفي من الغلة ما أنفق إن لم يقم عليه حتى استوفي ذلك ، ثم يكون بينهما .

واختار عيسى أن تكون الغلة كلها للعامل ، ويكون عليه كذا نصيب صاحبه من قاعة الرحاب كان باقيًا فيها من العمل الأول ، فإن أراد الدخول معه دفع إليه قيمة العمل اليوم في القدر الذى ينوبه ، ليس يوم عمله ، ولا ما أنفق إلا أن يكون ذلك بحدثان ذلك ، والأشبه في هذا قول ابن دينار وقول عيسى ، وما سوى ذلك فضعيف .

فصل

من « **المدونة** » : قال مالك : ولا شفعة في بئر الماشية ولا يباع ، وإن احتاج أهلها إلى بيعها ، ولا بأس يبيع بئر الزرع ، وفيها الشفعة إذا لم يقسم الأرض .

ومن « المجموعة » : قال مالك : تباع بئر الزرع ولا تباع بئر الماشية .

قال أشهب : لأنه إذا كان فضلها لغيره ، فإنما اشترى من مائها ما يرويه ، فذلك قد يقل لقلة غنمه ويكثر لكثرتها .

قال ابن القاسم : إنما لم تبع لأن للناس فيه حقًا .

قال ابن الماجشون : لا يباع بئر الماشية للأعراب ولا توهب ولا يقع فيها المواريث، بمعنى الملك ، لا حظ فيها لزوجة ولا زوج ، وإنما تكون لأولاده وعصبته بطنًا بعد بطن ، ولا يشرب منه غيرهم إلا ما فضل عنهم ، ومن استغنى عن الشرب منهم فليس له أن يعطى حظه لأحد [ق/٤٣ / ٨ب] ومن حضر من أهل البئر أولى، وممن منه غاب .

قال : وإن تشاحوا فيمن يبدأ بالشرب ، فإن لم تمض لهم سنة فليستهموا ، وإلا فأجرهم على ما مضى من سنتهم .

فصل

ومن «**حريم البئر**» : ومن أرسل في أرضه نارًا أو ماء ، فوصل إلى أرض جاره فأفسدت زرعًا ، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يصل ذلك إليها ، فتحاملت

النار بريح أو غيره فاحترقت ، فلا شيء عليه .

فإن لم يؤمن أن يصل ذلك لقربها ، فهو ضامن ، وكذلك الماء .

وما قتلت النار من نفس فعلى عاقلة مرسلها .

قال سحنون : فكل ما قتلت النار ينظر فيه على ما يجوز له وعلى ما لا يجوز له.

قال أشهب : ولو كانوا لما خافوا على زرعهم قاموا لردها فأحرقتهم ، فدمهم هدر ولا دية على عاقلة ولا غيرها .

فصل

ومن «حريم البئر» : قيل : ومن كانت له أرض وإلى جانبها أرض لغيره ، وله عين خلف أرض جاره ، وليس له ممر إلا في أرض جاره ، فمنعه من الممر إلى العين.

قال : سئل مالك عن رجل له أرض وحواليه زرع للناس في أرضهم ، فأراد أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم ، فقال : إن كان ذلك يفسد زرعهم ، فلهم منعه.

قال أشهب في كتبه في المسألة الأولى : إن كانت أرض جارك إنما أحياها بعد إحيائك العين وأرضك ، فلك أن تمر في أرضه ، وإن كره ، وتجرى ماء فيها حتى يصل إلى أرضك .

وإن كانت أرضه قبل عينك وقبل أرضك ، فليس لك في أرضه ممر إلى عينك ، ولا لعينك ممر في أرضه إلى أرضك وتسقيها من ورائه إن بذلك لك .

ومن «حريم البئر» : وإذا كانت غدير أو بركة أو بحيرة في أرضك ، وفيها سمك فلا تمنع من يصيد فيها ممن ليس له فيها حق ، ولا تبع سمكها ممن يصيد فيها سنة ، لأنه يقل ويكثر ، ولا يدرى كيف يكون .

وقال سحنون : له منعها ، لأنها في ملكه وحوزه ، كقوله في المعدن يجده في أرضه.

وقال أشهب : إن طرحها هو فولدت ، فله منعها .

وإن كان الغيث أجراها فلا يمنع إلا أن يكون في صيدهم ما يفسد عليك غير ذلك [] من ذلك لهم .

ومن «حريم البئر» : ولا بأس أن تبيع خصبًا في أرضك ممن يرعى عامة ذلك ولا تبيعه عامين ولا ثلاثة ، وإنما جوز مالك بيعه بعد ما ينبت .

قال عيسى عن ابن القاسم : الخصب الذى يبيعه ، ويمنع الناس منه ، وإن لم يحتج إليه ما في مروجه وحماه .

وأما الذى لا يمنعه ولا يبيعه إلا أن يحتاج إليه ، فما سوى المرج والحمى من خصب فدادينه وفحوص أرضه ، فيجر على إباحته للناس إن استغنى عنه ، إلا أن يكون عليه في وصول الناس إليه بدوابهم مضرة ، مثل فدان فيه خصب وحواليه الزرع ، فله منعهم منه للضرر .

ابن حبيب : وقاله مطرف . وقال : وأما العفي والبور لا يجوز بيعه ولا منعه .

وقال ابن الماجشون : هو أحق بحصب أرضه البيضاء التى يزرعها ، وإن لم تكن حمى ولا مروجًا ، وهما سواء إن شاء باع ، وإن شاء منع أو رعى ، وأن الذى لا يحل له بيعه ولا منعه إن لم يحتج إلى رعايته خصب القفاء من منزلة .

وقال أصبغ : أشهب : لا يجوز بيع الكلأ بحال وإن كان في أرضه وحما .

قال : وإنما الكلأ كالماء الذى يخرجه الله على وجه الأرض فلا يملك ولا يباع ، وهو لمن أنبته الله في أرضه ينتفع به ويحميه ويذب عنه لمنافعه .

فإن استغنى عنه لم يجز له بيعه ولا منعه ممن احتاج إليه ، ولا يبيعه إلا أن يجزه ويحتمله وأما نابتًا قائمًا فلا ، ولو جاز هذا لجاز للإمام في أرض العنوة أن يمنع كلأها حتى يجعله كالسواد وبه أخذ أصبغ ، وقد قال النبى عليه السلام : « **المسلمون شركاء في ثلاث في الكلأ والماء والنار** » (١) .

قال ابن حبيب : وقول مالك ومطرف وابن القاسم أحب إليَّ ، واختلف في أرضه التى لم يوقفها للكلأ ، فرأى ابن القاسم وأشهب ومن وافقهما أنه لا يبيع ذلك، وهو أحق به إن احتاج إليه ، وإن لم يحتج إليه خلي بين الناس وبينه كالماء ، لأنه أولى به حتى يسقى ، ثم يكون للناس ما فضل ، لأنه شيء لم يزرعه وإنما أنبته

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢٤٧٢) والطبرانى فى «الكبير» (١١١٠٥) من حديث ابن عباس ـ رضى الله عنهما.

الله تعالى ، فأشبه الماء .

وأما إذا وقف الأرض للكلأ ، فله منعه عند ابن القاسم ومطرف ، لأنه قد منع منافعه من الأرض ووقفها لهذا .

وقال ابن الماجشون : ذلك سواء ، وهو أحق بخصب أرضه البيضاء وإن لم يكن حمى .

وقال أشهب : ذلك سواء ، ولا يكون له في الفاضل شيء ، بورها للحمى أو لم يبورها ، وقول ابن القاسم أبين ، لأنه إذا بورها للحمى فقد منع نفسه من منافعها، فهو أولى بها يبيع ويصنع ما شاء ، ولم يختلف في العفي أنه لا يحل بيعه ولا منعه ، وفيه جاء الحديث .

جامع
القول في إحياء الموات

قال الرسول عليه السلام : « **ومن أحيى أرضًا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق**» [1] [ق/ ٤٤/ ٨ب] .

قال مالك : ومن أحيى أرضًا ميتة بغير إذن الإمام فهى له ، وإحياؤها شقها وحفر الآبار وغرس الشجر والحرث ، فما فعل من ذلك فهو إحياء .

م : وتفسير الحديث الذى جاء « **من أحيى أرضًا مواتًا فهى له** » [2] ، إنما ذلك في الصحارى والبرارى .

وأما ما قرب من العمران وما تشاح الناس فيه ، فليس له أن يجيبه إلا بقطيعة من الإمام .

قال مالك : والعرق الظالم هو من اغترس أو بنى أو احتفر عينًا في أرض غيره بغير حق ولا شبهة .

قال ابن سحنون عن أبيه : قال: وأهل العلم ما علمت بينهم اختلافًا أن من أحيى

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) والنسائى فى «الكبرى» (٥٧٦١) أبو يعلى (٩٥٧) والبزار (١٢٥٦) والبيهقى فى «الكبرى» (١١٣١٨) و(١١٥٥٢) من حديث سعيد بن زيد ـ رضى الله عنه .

(٢) تقدم .

أرضًا ميتة في فيافي الأرض وأطرافها في ما بعد من العمران والقرى بغير إذن الإمام أن ذلك له ملك بما ملكه الرسول عليه السلام،وبذلك قضى عمر بن الخطاب ﷺ .

م : ولأنه ليس في ذلك إتلاف حق غيره ، ولا ما يؤدى إلى التخاصم والعداوة فكان ملكه له بالإحياء كملكه الحشيش والصيد ، واختلفوا فيمن أحيى فيما قرب من العمران والقرى ، فقال كثير من العلماء من أصحابنا وغيرهم : إن له ذلك بغير إذن الإمام .

وقال آخرون : ليس له ذلك إلا بإذن الإمام ونظره .

م : فوجه القول الأول قوله عليه السلام : « من أحيى أرضًا مواتًا فهى له » ، فهو على عمومه .

ووجه الثانى أن ما قرب من البلد داخل في حكم البلد للانتفاع به ، فلو أجيز لكل أحد اقتطاعه لأضر بالناس ولتشاحوا عليه ، فلم يكن بد من نظر الإمام ليتم به ملك من يجيبه .

م : وكما أقطع النبى عليه السلام المعادن [] خوفًا من التنازع فيها والقتال عليها، فكذلك ما قرب من العمران .

قال ابن حبيب : وقال مطرف وابن الماجشون : من أحيى أرضًا ميتة لا حق فيها لأحد ولا ضرر فيها على أحد فيما بعد من العمران ولا تناله القرى المسكونة لمراعيهم ومحتطبهم، فهى له وإن كنا لا نأمر أحدًا أن يحيى مواتًا إلا بإذن الإمام .

وأما من أحيى مواتًا بقرب المدائن أو العمارة بغير قطيعة الإمام ، فليس له ذلك، ولينظر فيه الإمام ، فإن رأى إبقاءه له كان له ، وإن رأى أن يزيله ويقطعه غيره أو يبقيه للمسلمين فعل ويعطيه قيمة ما عمر متفوضًا ، وقاله ابن القاسم ورواه عن مالك، وقاله ابن نافع ، وبه أقول .

وقال أصبغ : لو أحيى الموات البعيد من العمران بغير إذن الإمام.

وأما القريب فلا ، فإن فعل لمصيبته ، ولم يتعقبه .

قال سحنون : وحد القريب ما تلحقه الماشية في الرعى في غدوها ورواحها وهو مسرح لهم ومحتطب ، فلا يدخل ذلك في هذا الحديث وأما ما كان على اليوم وما قاربه أو ما لا تدركه المواشى في غدوها ورواحها فمن البعيد ومن الفيافي .

م : صار في الإحياء ثلاثة أقوال : قوله : إن من أحيى مواتًا فيما قرب أو بعد، فهى له لعموم الحديث .

وقوله : إن ليس ذلك له إلا بإذن الإمام .

وقول فرق فيه بين البعد والقرب ، وهو أبينها .

ومن «كتاب إحياء الموات» قبل هذا : كان مالك يعرف هو الذى يتحجر الأرض أنه يترك ثلاث سنين ، فإن أحياها وإلا فهى لمن أحياها .

قال : ما سمعت مالكًا يقول في التحجير شيئا ، وإنما الإحياء ما وصفت لك .

قال أشهب : وقد روى فيه عن ابن عمر أنه ينتظر به ثلاث سنين ، وأنا أراه حسنًا ، ثم من أحياها بعد ذلك فهى له .

قال : ولو أخذ غيره في إحيائها فقام عليه متحجرها ، فأراهما فيها شريكين .

وقال أشهب : ومن حجر أرضًا بعيدة عن العمران ، فلا يكون أولى بها من أحد حتى يعلم أنه تحجر إلى أن يعمل إلى أيام يسيرة ، حيث يمكنه العمل ولم يتحجر ليقطعه من الناس ليعمله يومًا ما ، وإن لم يحجر كثيراً منه ليعمل يبدأ ، فهو كمن يحجر يسيراً وأخر عمله ، فإن كان قد قام عليه وإنما أخره لأيام تلين فيها الأرض أو لغلاء تلين فيها الأرض أو لغلاء الأجر أو نحوه من العذر ، فذلك له .

وإن رأى أنه لا يقوى على ما حجر عليه فله منه ما عمر ، ويشرع الناس فيما لم يعمر، ومن أحيى أرضًا مواتًا ثم تركها حتى دثرت وطال زمانها ، وهكلت أشجارها وتهدمت آبارها وعادت كأول مرة ، ثم أحياها غيره فهى لمحييها آخراً .

م : قياسًا على الصيد إذا أقلت أفلت ولحق بالوحش ، وطال زمانه ، فهى للثانى .

قال مالك : وهذا إذا أحيى في غير أصل كان له ، وأما من ملك أرضًا بخطة أو شراء، ثم تركها حتى خربت ونثرت فهى له ، وليس لأحد أن يحييها .

م : وفي «كتاب الصيد» لابن المواز : ومن اشترى صيداً ، ثم ندَّ واستوحش ولحق بالوحش ، إنه لمن صاده ، ولم يفرق بين من صاده ولا من اشتراه ممن صاده ، لما وجد فيه من التوحش .

وقال سحنون : من عمر أرضًا مواتًا فقد ملكها ، ولا تخرج من يده بتعطيلها ، وإن عمرها غيره فالأول أحق بها .

قال ابن عبدوس : قلت : ولا يشبه الصيد الذي صاده رجل ثم ندَّ واستوحش ، فصاده آخر ، فقال : لا .

وقال ابن الماجشون ومطرف : إن كان أحياها الثانى بحدثان ترك الأول وبحدثان عمارته ، فهى للأول .

فإن كان عمَّر بجهل ، فله قيمة عمارته قائمًا .

وإن كان عن علم بالأول ، فله قيمته منقوضًا .

وإن عمَّـر بعد علم وطول من ترك الأول ، وكـان تركه كـالإسلام لهـا ، فهى للآخر .

ومن «كتاب إحـياء الموات» : قال : ولو نزل قـوم في أرض من أرض البادية ، فرعـوا ما حولهـا أو حفـروا بئرًا لمواشيـهم ، لم يكن هذا إحيـاء لمن عادهم ، وهم والناس في المـرعى سـواء [ق / ٤٥ / ٨ب] أو لا يمنع الكلأ إلا رجـل له أرض قـد عرفت له ، فهذا الذى يمنع كلأها ، ويبيعه إذا احتاج إليه ، وهؤلاء أحق ببئرهم حتى يرووا ، ثم يكون فضله للناس، وليس لهـم بيعها ولا منع فضل مـائها ، وهو الذى جاء فيه « **لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ** » (١) .

قال سحنون : هو في بلاد الأعراب والبربر وحـيث المراعى وحيث نهى عن منع فضل الماء ، فمثل هذه البئر إنما لهم المنفعة بها ، ولا يكون إحياء إذ ليست بمملوكة . وأما من حفـر بئرًا في فيافي الأرض التى لا ملك فـيها لأحد مما بعـد من العمران ، فليس لغيرهم أن ينزلوا قريبًا من الأول بما يضر به فيما أحيى إلا أن يبعدوا منه بعدًا لا يضروه به ، وقاله أشهب في « المجموعة » .

وقال أشهب : ولو نزل قوم أرضًا من أرض البـرية فجعلوا يرعون مـا حولها ، فذلك إحـياء ، وهم أحق بها من غـيرهم ما قامـوا عليها ، فـإن عطلوها كان الناس أحق بها ، كالمعـادن أنهم أحق بها من غيرهم ما أقامـوا عليها ، فكذلك هذه ، ولم يعجب سحنون قول أشهب هذا .

ومن «إحيـاء الموات» : ومن سيل مـاء عن أرض غرقة ، أو نـزل بغيضـة فقطع

---

(١) تقدم .

شجرها فذلك إحياء .

ومن « المجموعة » : قال ابن القاسم : وما أحيي من أهل الذمة في موات أرض الإسلام فذلك لهم ، لقول النبى عليه السلام : **«من أحيى أرضًا ميتة فهى له»** ، إلا أن يكون ذلك بجزيرة العرب ، لقول النبى عليه السلام : **« لا يبقين دينان في جزيرة العرب»** ، ولذلك أجلاهم عمر .

قال مالك : وجزيرة العرب الحجاز ومكة والمدينة واليمن .

جامع مسائل مختلفة
من نفي الضرر والغصب والرهن وبيع الخيار

قال الرسول ﷺ : **« لا ضرر ولا ضرار »** ، قال ابن القاسم فيمن حفر بئرًا بعيدة من بئرك ، فانقطع ماء بئرك من حفر بئره وعلم ذلك ! فلك ردمها عليه ، وقد تقدم قول أشهب في هذا في أول كتاب حريم البئر .

قال ابن القاسم : ومن حفر بئـرًا حيث لا يجوز له ، ضمن ما عطب فيها من دابة أو إنسان ، وإن حفرت بئرًا في وسط دارك أو إلى جنب جدارك ، فحفر جارك خلفه في داره بئـرًا أو حفرة في وسط داره ، فإن كان ذلك مضرًا ببئرك منع منه ، وكذلك لو أحدث كنيفًا يضر ببئرك ، منع من ذلك .

ومن رفع بناءه ، ففتح كوًا يشرف منها على جاره منع .

قال ابن القاسم : وكتب عمر بن عبد العزيز : أن يوضع وراء تلك الكوى سرير ويقوم عليه ، فإن نظر إلى ما في دار جاره منه ، وإلا لم يمنع .

وقال مالك : يمنع من ذلك ما فيه ضرر ، وأما ما لا ينال منه الضرر فلا يمنع .

وإن وقع بناء ولم يفتح فيه كوى ، فسترت جاره من الشمس وهبوب الرياح ، لم يمنع من هذا .

وقال ابن كنانة في « المجموعة » : إلا أن يكون إنما رفع بناءه ليضر بجاره في شموس يمنعه متعتها ، أو لضرورة يدخلها عليه ، ولا نفع له هو في بنيانه ، فإنه يمنع من هذا .

وقال في «كتاب تضمين الصناع» : ومن فتح في جداره كوة أو باباً يضر بجاره في التشرف منه عليه ، منع منه .

ولو كانت كوة قديمة أو بابا قديما لم يعرض له فيها وإن أضر بجاره .

م : وقد رأيت بعض فقهائنا يفتي ويستحسن أن له أن يمنعه من الكشفة وإن كانت قديمة ، وإن رضيا بذلك لم يتركا ، لأنهما رضيا بما لا يحل لهما ، وهو خلاف المنصوص.

ومن كتاب إحياء الموات : إذا كانت بين قوم أرض وعين ، فاقتسموا الأرض وبقيت العين ، فلأحدهم أن يسقى بحصته من الماء أرضًا له أخرى ، أو يؤخر ذلك ممن يسقى به، أو يبيعه ، ثم لا شفعة فيه لشركائه ، لأن الأرض قد قسمت .

ومن غصبك أرضًا فزرعها ، أو دارًا فسكنها ، أو بئرًا فسقى بها أرضه ، فعليه كراء ذلك .

وإن غصبك دابة فركبها ، فلا كراء عليه ، وهذا موعب في كتاب الغصب .

ومن ارتهن عينًا أو قناة أو جزءًا من شرب بئر أو عين أو نهر ، جاز ذلك إذا قبضه المرتهن وحازه وحال بين صاحبه وبينه ، وليس للواهب أن يكرى ذلك ، ولا للمرتهن أن يكريه بغير إذن الراهن .

وإن أمره بذلك أكراه المرتهن وكان الكراء للراهن .

وكذلك من ارتهن دارًا ، فليس لرب الدار أن يكريها ، ولكن يتولى المرتهن كراءها بأمره ، ويكون الكراء لرب الدار ، ولا يكون الكراء هنا إلا أن يشترطه ، وإن اشترط أن يكريها ويأخذ الكراء في حقه ، فإن كان دينه من قرض أو كان من بيع إلا أن ذلك الشرط كان بعد عقد البيع ، فجائز .

وإن كان عقد البيع على هذا لم يجز ، إذ لا يدرى ما يقبض أيقل أو يكثر ، ولعل الدار تهدم قبل أن يقبض ، وللمرتهن منع الراهن أن يسقى زرعه بما ارتهن من بئر أو قناة ، وإن أذن له أن يسقى بها زرعه خرجت من الرهن .

وكذلك من ارتهن دارًا فأذن لربها أن يسكن أو يكرى ، خرجت من [ق / ٤٦/ ٨ب] الرهن حين أذن له بذلك وإن لم يسكن ولم يكر ، وهذا مستوعب في كتاب الرهون ، ومن اشترى بئرا بخيار له أو للبائع ، فانخسفت البئر في أيام الخيار ، فهى من البائع ، وكذلك لو كان عبدًا فقتل ، ولا يصلح النقد في أيام الخيار .

تم «كتاب حريم البئر وإحياء الموات» بحمد الله وعونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .



بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الغصب

في ضمان المتعدى والفرق بينه وبين الغاصب

الأصل في ضمان المتعدي قوله تعالي : ﴿ **إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ** ﴾[1] ، وقوله : ﴿ **وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا** ﴾ [2] ، وقوله : ﴿ **فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** ﴾ [3] ، وقوله عليه السلام : « **طعام كطعام وصحفة كصحفة** » [4] .

م : ولأنه أتلف ملك غيره من غير استحقاق عليه ، فلزمه بدل ما أتلف ، لأن الأبدال في المتلفات مالقصاص في النقوس ، وقد قال تعالى : ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾[5] ، معناه أن القاتل والجارح إذا علم أنه يقتص منه انزجر وارتدع أن يفعل ذلك ، فكان في ذلك حياة النفوس ، ولم يجترئ أحد على أحد ، فكذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم على مال بعض .

فصل

والمتلفات نوعان ، فما يكال أو يوزن فعلى متلفه مثله ، وما لا مثل له فعلى متلفه قيمته .

قال بعض أصحابنا من البغداديين : وإنما كان المثل فيما يوزن أو يكال ، لأن القيمة إنما رجع إليها عند تعذر المثل من طريق الخلفة ، فاجتهد في تعديلها في المتلف بقيمته ، والمثل في طريق الخلفة لا اجتهاد فيه ، فكان الرجوع فيه إلي القيمة كالاجتهاد مع وجود النص ، لأنه لا فائدة فيه .

وأما ما لا يكال ولا يوزن فإنما لزم بإتلافه قيمته ، خلافًا لمن حكى عنه أنه يلزمه

---

(١) سورة الشورى (٤٢) .

(٢) سورة الشورى (٤٠) .

(٣) سورة البقرة (١٩٤) .

(٤) أخرجه النسائى (٣٩٥٧) وفى «الكبرى» (٨٩٠٥) وأحمد (٢٥١٩٦) من حديث عائشة رضى الله عنها.

(٥) سورة البقرة (١٧٩) .

مثله، لقوله ﷺ : « **من أعتق شركًا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد** » (١) ، والعتق إتلاف مال ، فوجب فيه القيمة ، فكان ذلك أصلا في بابه .

فصل

والقضاء أن المتعدى يفارق الغاصب في جنايته ، لأن المتعدى إنما جنى على بعض السلعة ، والغاصب كان غاصبًا لجميعها ، فضمنها يومئذ بالغصب .

وقال سحنون : الفرق بين المتعدى والغاصب والسارق اختلاف الأصليين ، وذلك أن الغاصب له ربح المال ، وليس كذلك المقارض والمبضع معه يتعدى .

م : والفرق الأول أصوب .

قال ابن المواز : والصانع والمستعير كالمتعدى ، يفترق فيهما الفساد اليسير من الكثير .

قل له : فما الفرق والصانع ضامن كالغاصب ؟

قال : لأن الصانع والمستعير لو أقاما بينة على فساد ذلك من غير سببهما ، كان ضمان ذلك من ربه ولم يلزمهما شيء ، والغاصب والسارق لا ينفعهما ذلك ، وكذلك لا يفترق قليل فسادهما من كثيره ، لأنهما بالغصب ضمنا ، ورب ذلك مخير في أخذ قيمته يوم الغصب ، أو يأخذ قيمته يوم الغصب ، أو يأخذ ثوبه ولا شيء له في النقصان .

م : وهذا أيضًا فرق يحتاج إلى فرق ، والفرق الأول أبينهما .

م : ولأن الغاصب متعد على جميع الرفقة تعديًا صريحًا لا إذن فيه ، والمتعدى إما أن يكون تعدى على بعض الرفقة أو خالط تعديه إذنًا ما ، كالمقارض والمبضع معه والصانع والمستعير يتعدى ، فوجب أن يكون حكمه خلاف التعدى الصريح .

فصل

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم فيمن تعدى على صحفة أو عصى لرجل فكسرها ، أو حرق له ثوبًا ، فإن أفسد ذلك فسادًا كثيرًا خير ربه في أخذ جميعه ، أو أخذه لعينه وأخذ ما نقص من المتعدى .

وإذا كانت الفساد يسيرًا ، فلا خيار لربه ، وإنما له ما نقصه بعد رفي الثوب ،

---

(١) أخرجه البخارى (٢٣٨٦) ومسلم (١٥٠١) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

وقد كان مالك يقول : يغرم المتعدى ما نقصه ، ولا يفصل بين قليل ولا كثير ، ثم قال هكذا .

م : **قال بعض أصحابنا** : وإذا فسد الثوب فساداً كثيراً ، فاختار ربه أخذه وما نقصه ، فإنما ينبغى أن يقوم بعد أن يرفي أو يخاط إن كان مما تصلح فيه الخياطة ، وتُشعب له القصعة ونحو ذلك ، كما قال في الفساد اليسير : إنه يأخذ الثوب وما نقصه بعد الرفي ، ولا فرق بين اليسير والكثير ، خلاف الجناية على الحيوان ، هذا ليس على الجانى أن يغرم ما نقص بعد أن تداوى له الدابة .

قال : والفرق بينهما : أن ما ينفق على الدابة في المداواة غير معلوم ، ولا يعلم هل ترجع إلى ما كانت عليه أم لا ، والرفي والخياطة فمعلوم ما ينفق عليهما ، ويرجعان كما كانا ، والله أعلم .

م : وهذا الذى ذكر في الفساد الكثير في الثوب أنه يأخذه وما نقصه بعد الرفي خلاف ظاهر قولهم ، ووجه فساده أنه قد يغرم في رفي الثوب [ق / ٤٧ / ٨ب] أكثر من قيمته صحيحًا وذلك لا يلزمه ، أو لا ترى أن أشهب وغيره يقول : ليس له أن يغرمه ما نقصه إذا كان له أن يغرمه قيمته صحيحًا ، وهو القياس ، فكيف لمن يريد أن يغرمه ما نقصه بعد الرفي ،وربما يبلغ ذلك أضعاف قيمته .

م : قيل : فلو هلك بقية الأجزاء في الفساد الكثير ، هل يكون ضامنًا لجملة المجنى عليه ؟

فالأشبه أن يضمن ذلك ، لأنه قد أفسد الرقبة ، فصار ضامنًا لها حتى يرفع ربها عنه الضمان باختياره ، كما قالوا في الأمة بين الشريكين يطأها أحدهما فتموت ، أنه ضامن لها، وهذا أبين لإمكان أن تكون حاملاً من الوطء ، ولأنه إذا وطئها تعلقت بضمانه حتى تظهر براءة رحمها .

م : ولو قال قائل في اليسير : إنما عليه ما نقصه فقط ، لم أعبه لأنه إذا أعطاه ما نقصه دخل الرفي في قيمة هذا النقص كما قالوا فيمن وجد آبقًا ، وذلك شأنه أن له جعل مثله ، ولا نفقة له ، لأن النفقة دخلت في تقويم جعله .

قال ابن المواز في المتعدى يفسد الثوب فساداً يسيراً : لا يلزمه إلا ما نقصه بعد

رفيه، ولم يختلف في هذا قول مالك ولابن القاسم ولا أشهب ، كانت جنايته عمدًا أو خطأً .

قال ابن القاسم : وأما في الفساد الكثير فربه مخير في أخذ قيمة جميعه يوم الجناية ، أو يأخذه وما نقصه وإلى هذا رجع مالك .

وقال أشهب في الفساد الكثير : إنما له أن يضمنه قيمة جميعه أو يأخذه ناقصًا ، وقاله ابن القاسم مرة ثم رجع عنه .

قال أشهب : وهو كذابح الشاة ليس له أن يأخذها لحمًا وما نقصها .

قال ابن المواز : وهذا أحب إليَّ ، لأنه لما لزمته فيه القيمة لم يكن لربها أن يدعها ويأخذ غيرها إلا باجتماعهما ، أو يأخذ سلعة ناقصة ، كذابح الشاة وكاسر العصى تعديًا ، فليس لربها أخذها وما نقصها ، قاله مالك وأصحابه ، وبقول أشهب أخذ سحنون في «المجموعة» .

قال : وقد قالا في الشريكين في الأمة يطآها فلا تحمل ، فإن شاء صاحبه ألزمه قيمتها يوم الوطء ، أو تمسك بنصيبه ولا رجوع له بما نقصها لتركه القيمة التى وجبت له .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك من تعدى على دابة رجل فقطع لها عضوًا ، أو فعل بها ما أفسدها فسادًا قليلاً أو كثيرًا ، فهى كالثوب فيما وصفنا ، وكذلك سائر الحيوان وأما من تعدى على عبد رجل ففقأ عينه أو قطع له جارحة أو جارحتين ، فما كان من ذلك فسادًا فاحشًا لم تبق فيه كبير منفعة ، فإنه يضمن قيمته ويعتق عليه ، وكذلك الأمة .

وقال في «كتاب الديات» : ومن فقأ عينى عبد رجل أو قطع يديه جميعًا ، فقد أبطله ويضمنه الجارح ويعتق عليه .

وإن لم يبطله ، مثل أن يفقأ له عينًا واحدة ، أو يجدع أذنه وشبهه ، فإنما عليه ما نقصه ولا يعتق عليه .

ابن المواز : وقال أشهب : إذا فقأ عينه أو قطع يده فإنما عليه ما نقصه .

وإن فقأ عينيه أو قطع يديه أو رجليه ،ضمن قيمة العبد كله وعتق على الجانى ،

وقاله ابن كنانة عن مالك ، وابن أبى الزناد عن أبيه .

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : يغرم الجانى قيمته ولا يعتق عليه ، لأنه إنما مثل بعبد غيره ، وليس لسيده أن يختار إمساكه وأخذ ما نقصه .

ابن المواز : وقال أشهب : وأما الدواب والبهائم فإن قطع اليد الواحدة يبطل منافعها كلها أو جلها ، وتجب عليه قيمة الدابة وأما في فقأ عينها أو قطع أذنها أو ذنبها أو كسرها كسراً تنجبر فيه ، فإنما عليه ما نقصها ، وقاله عمر بن عبد العزيز ومالك وأبو الزناد .

ابن حبيب : وقال مطرف وابن الماجشون : إن قطع ذنبه وهو فرس أو حمار أو بغل ، فإنه ضمن قيمة جميعه ، لأنه أبطل الغرض فيه من ركوب من يركب مثله من ذوى الهيئات، بخلاف العين والأذن ، وقاله أصبغ .

قالوا : ولو تعدى على شاة بأمر قلَّ لبنها به ، فإن كان عظم ما يراد له اللبن ، ضمن قيمتها إن شاء ربها .

وإن لم تكن غزيرة اللبن، فإنه يضمن ما نقصها .

وأما الناقة والبقرة ، فإنما فيهما ما نقصهما وإن كانتا غزيرتى اللبن ، لأن فيهما منافع غير ذلك باقية .

قالا : وإن قطع يد عبد رجل ، فإن كان صانعًا وعظم شأنه الصنعة ضمنه.

وإن لم يكن صانعًا ، فإنما عليه ما نقصه .

وإن كان تاجرًا نبيلاً ، فأما في فقأ العين ، ففيه ما نقصه كان صانعًا أو غيره .

قال أبو محمد : وقيل في مفقأ العين أو مقطوع اليد ، تفقأ عينه أو تقطع يده الباقية : فإن على الجانى قيمة جميعه .

ومن « المجموعة » : قال أشهب : قال لي ابن كنانة عن مالك فيمن قطع يد عبد غيره أو فقأ [ق / ٤٨/ ٨ب] عينه عمدًا ، فإن ربع مخير بين أخذه وما نقصه أو يضمنه قيمة جميعه .

فإن ضمنه قيمة جميعه عتق على الجانى .

قال أشهب : إن كان قطع يده الواحدة أذهب أكثر منافعه ، فليس لسيده إلا

قيمته .

يريد : ويعتق على الجانى .

قال : وإن لم يذهب أكثر منافعه ، فربه مخير كما قال مالك ، وهو استحسان وليس بقياس .

م : وحكى عن بعض فقهائنا في العبد يجنى عليه جناية ، مثل أن تفقأ عينيه أو تقطع يديه جميعًا ، إنما يعنى قول ابن القاسم : أن يغرمه القيمة ويعتق عليه ، إنما هذا إذا طلب ذلك سيده .

وأما إن أبى من ذلك ، فإن له أخذ العبد وما نقصه ، وليس العتق بأمر وجب للعبد لا بد منه .

م : وهذا الذى ذكره خلاف ظاهر قول ابن القاسم وأشهب ، وخلاف رواية ابن حبيب الذى لم يوجب عتقه ، لأنه قال : ليس لسيده إمسامه ويأخذ ما نقصه .

محمد : والصواب من هذا والذي أختاره أنه إذا أفسده هكذا أن يغرم الجانى قيمته ويعتق عليه على ما أحب السيد أو كره ، لأن قيمته عوضه ، وهو مضار في ترك قيمته صحيحًا وأخذ ما لا ينتفع به ، وإجراح العبد المعتق وإن لم يفسده ، مثل أن يفقأ عينه الواحدة أو يقطع يده الواحدة ، ولم يذهب بذلك جل منافعه ، فالسيد هاهنا مخير بين أخذه وما نقصه من الانتفاع به ، أو يغرم الجانى قيمته ويعتق عليه عقوبة له لتعديه وظلمه، كما قال مالك وأشهب .

م : ولأن الجناية والضمان وقعا معًا ، فكأنما مثل هذا بعبده ، وغلب ذلك لحرمة العتق كما قلنا فيمن حلف بحرية عبده إن باعه فباعه ، فكان البيع والحنث وقعا معًا، فغلب العتق لحرمته ، فكذلك هذا ، والله أعلم .

وأما إن كانت الجناية يسيرة مثل أن يجدع أنفه أو أذنه أو يقطع أصبعه ولم يفسد ذلك، فليس عليه إلا ما نقصه ، والله أعلم وبالله التوفيق .

في ضمان ما هلك بيد الغاصب بجناية أو بأمر من الله تعالى ، أو دخله عيب

والقضاء أن من غصب شيئًا فقد ضمنه يوم الغصب ، وإن هلك من ساعته بأمر من الله تعالى أو بجناية غيره أو كانت دارًا فانهدمت ، فإنه ضامن لقيمتها .

م : **قال بعض البغداديين** : وقال أبو حنيفة : كل ما لا يصلح نقله كالعقار والرباع ، فإن الغاصب لا يضمنه بإخراجه عن يد مالكه إلا بأن يجنى هو عليه فيتلفه، فيضمنه بإتلافه .

ودليلنا أن كل [] به ما ينتقل ويزال من الأعيان ، فإنه يضمن به ما لا ينقل ولا يحول ، كالقبض في البيع الفاسد ، واعتبار ألا ينتقل نقله إنما أعيان مغصوبة ، ولأن الغصب سبب للضمان فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف .

م : وإنما كانت القيمة في الغصب والتعدى يوم الغصب ويوم التعدى لا يوم الحكم ، لأن القيمة تتعلق بذمته بالتعدى لا بالحكم ، إذ مطالبة الحاكم إنما هى بأمر قد تقدم وجوبه وإنما ينكشف بالحكم مقدار ما اشتغلت به ذمته .

ومن « المدونة » : وكل ما اغتصبه غاصب ، فأدركه ربه بعينه لم يتغير في بدنه ، فليس له غيره ، ولا إن ظن إلى نقص قيمته باختلاف سوقه ، طال زمان ذلك سنين أو كانت ساعة واحدة ، وإنما ينظر إلى تغير بدنه .

قال مالك : وهو بخلاف المتعدى في حبس الدابة من مكتر أو مستعير يأتى به أحسنها حالاً ، فربها مخير في أخذ الكراء أو يضمنه القيمة يوم التعدى ، لأنه حبسها عن أسواقها، إلا في الحبس اليسير لا تتغير في مثله في سوق أو بدن .

قال ابن القاسم: كل ما أصله أمانة فتعدى فيه فأكراه أو ركبه ، من وديعة أو عارية أو كراء ، فهذا سبيله ، وهو بخلاف الغاصب .

م : وقد ذكرنا الفرق بين هذين الأصلين ، والقياس أن لا فرق بينهما في هذا الوجه، ولا يكون الغاصب أحسن حالاً من المتعدى ، فكما كان يضمن في النقص اليسير ، فكذلك يجب أن يضمن في نقص السوق ، وقد نحا ابن القاسم إلى المساواة بينهما في هذا الوجه لولا خوفه مخالفة الإمام مالك .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن غصب أمة فزادت قيمتها عنده أو نقصت ، ثم قتلها أو وهبها أو تصدق بها ، ففاتت عينها ، فإنما عليه قيمتها يوم الغصب فقط .

قال سحنون في « المجموعة » : إن القتل فعل ثان ، كأنه يقول : وجب عليه الضمان بكل واحد من الفعلين ، ألا ترى أن المشترى قد ضمن فيها الثمن الذى نقد، ثم لو قتلها لضمنها بالقتل ، وهو ضمان بمعنى آخر ، وكان لمستحقها أخذها [ق / ٤٩/ ٨ب] بقيمتها يوم القتل ، ثم رجع إلى قول ابن القاسم وأشهب في القتل .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو قتلها عند الغاصب وقيمتها يومئذ أكثر من قيمتها يوم الغصب ، فلربها أخذ القاتل بقيمتها يوم القتل بخلاف الغاصب ، فإن كانت القيمة يومئذ أقل من قيمتها يوم الغصب كان له الرجوع بتمام القيمة على الغاصب .

قال ابن المواز : لأنه يقول إنما أخذت من القاتل ما يجب عليه للغاصب ، ولي على الغاصب أكثر منه ، فصار كغريم غريمه .

وقال سحنون في «كتاب ابنه» : إذا أخذ قيمتها من القاتل ، وقيمتها يوم الغصب أكثر ، فلا رجوع له على الغاصب ، كما لو باعها الغاصب لم يكن لربها أخذ الثمن، ويرجع بتمام القيمة يوم الغصب على الغاصب ، ولا أن يأخذ القيمة ويرجع بتمام الثمن .

م : وقول ابن المواز أصح ، لأنه في هذا إذا اختار أخذ الثمن فقد أجاز فعل الغاصب، فلا تباعة عليه .

وإن اختار أخذ القيمة منه فقد ملكه إياها قيمتها له فهو بخلاف إغرام القاتل القيمة .

قال ابن المواز : ولو كان إنما أخذ قيمتها يوم الغصب من الغاصب ، فكانت أقل من قيمتها يوم القتل ، فلا رجوع له على القاتل بشيء ، وللغاصب طلبه بجميع قيمتها يوم القتل ، وزعم أشهب أن ربها يرجع على القاتل بالزائد على قيمتها يوم الغصب ولا يرجع عليه الغاصب إلا بمثل ما غرم ، وأما الزائد فلا يرجع عليه به الغاصب ، لأنه لا يربح فيما غصب ، فإذا رجع بمثل ما غرم فلا حجة له ولم يعجبنا هذا لأنه لما ضمنه القيمة يوم الغصب فقد ملكه إياها يومئذ فنماؤها ونقصانها له وعليه ، ولم يختلف ابن القاسم وأشهب إذا أخذ القيمة أولاً من القاتل أنه يرجع بتمام قيمتها يوم الغصب على الغاصب كما ذكرنا .

م : وحكى بعض فقهائنا القرويين أن ابن القاسم يقول : إذا غرم ربها القاتل قيمتها ، وكانت أقل من قيمتها يوم الغصب أنه لا يرجع على الغاصب بشيء مثل ما قال سحنون .

قال : ويلزم على هذا أن لو كان للغاصب غرماء لم يكن هذا أحق بما أخذ من غرماء الغاصب إلا أن يريد أن يدفع الضمان عن الغاصب ، فلا يتبعه ببقية القيمة ، ويكون أولى بما أخذ من الجانى من غرماء الغاصب .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو غصبها وقيمتها مائة ، ثم باعها وقيمتها مائتان بخمسين ومائة ، ثم لم يعلم للأمة موضع ، فإنما لربها على الغاصب إن شاء الثمن الذي أخذ فيها ، أو قيمتها يوم الغصب .

قال ابن القاسم : وما مات من الحيوان أو انهدم من الربع بيد الغاصب ، بقرب الغصب أو بغير قربه بغير سبب الغاصب فإنه يضمن قيمته يوم الغصب ، وما أصاب السلعة بيد الغاصب من عيب ، قلّ أو كثر بأمر من الله تعالى ، فربها مخير في أخذها معيبة أو يضمنه قيمتها يوم الغصب.

وإن كانت جارية فأصابها عنده عوار أو عمى أو ذهاب يد بأمر من الله تعالى بغير سببه ، فليس لربها أن يأخذها وما نقصها عند الغاصب ، إنما له أخذها ناقصة أو قيمتها يوم الغصب ، وليس يلزم ربها أخذها ويعطيه ما نقصها إذا اختار ربها أخذ قيمتها ، ولو قطع يدها أجنبى ثم ذهب ولم يقدر عليه ، فليس لربها أخذ الغاصب بما نقصها ، وله أن يضمنه القيمة يوم الغصب ثم للغاصب اتباع الجانى بما جنى عليها، وإن شاء ربها أخذها ، وأتبع الجانى بما نقصها دون الغاصب .

م : وقيل : إن كانت قيمتها يوم الغصب عشرين ، ونقصها القطع النصف ، فأخذها ربها وما نقصها ـ وذلك عشرة ـ نظر إلى قيمتها يوم جناية الأجنبى عليها ، فإن كانت مائة وقيمتها مقطوعة خمسون ، أخذ ربها من الجانى خمسون وأعطى منها للغاصب عشرة ، وأخذ البقية ، وهذا على مذهب أشهب الذي يرى أن الغاصب لا يربح كما قدمنا .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو كان الغاصب هو الذى قطع يدها ، فلربها ها هنا أن يأخذها وما نقصها ـ يريد : يوم الجناية ـ أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم

الغصب .

قال ابن حبيب : وقاله مطرف وابن الماجشون وابن كنانة .

قال ابن سحنون : وهذا خلاف ما قال ابن القاسم في القتل أن عليه قيمتها يوم الغصب لا يوم القتل ، وقد تزيد قيمتها يوم القتل ، وقد يكون فيها نقص القطع منها يوم القطع مثل قيمتها أو أكثر يوم الغصب ، فيأخذها ومثل قيمتها ، فيأخذ في اليد ما لا يأخذ في الشفتين ، والذى أرى أنه إنما له أن يأخذها ناقصة فقط أو قيمة جميعها يوم الغصب.

ابن المواز : وقاله أشهب ، وبه أقول .

قال ابن المواز : وحجة ابن القاسم أن يقول ربها للغاصب : أنا أسقط عنك الغصب، وآخذك بالتعدى ، فيلزمه أن يقول ذلك في القتل ، وهو لا يقوله ولا مالك ولا أصحابه .

م : وذكر بعض أصحابنا أن الدمياطى روى عن ابن القاسم : أن له أن يقول في القتل: أنا أسقط الغصب وآخذك بالتعدى ، فيلزمه [ق / ٥٠ / ٨ب] قيمتها يوم القتل ، وإليه ذهب سحنون في « المجموعة » ، ثم رجع عنه .

م : فهذا موافق لقوله في القطع .

وقيل : إنما الخلاف بين القطع والقتل أنه إذا قتلها فقد أذهب عينها ، وإذا قطع يدها فقد أبقى بعضها ، وقد يكون لربها رغبة في أخذ ما بقى منها ، فيرفع بذلك حكم الغصب ويأخذه بحكم الجناية ، وسحنون إنما يضمنه قيمة اليد يوم الغصب كأجزاء غصبها ، أفات بعضها وبقى بعضها ، فيضمن قيمة ما أفاته يوم الغصب ، ويجب على هذا إذا ذهبت يدها بأمر من الله تعالى أن يضمن قيمتها يوم الغصب ويأخذ بقية أعضائها إذا عد أجزاءها كسلع أفات بعضها وبقى بعضها .

ومن « **المجموعة** » : قال أشهب : ولو فقأ عينها أجنبى ، فلربها أخذها وما نقصها يوم الفقأ من الفاقئ في عدمه وملائه ، ثم لا شيء له على الغاصب ، وإن شاء أسلمها وأخذ قيمتها من الغاصب يوم الغصب.

وإن كان الغاصب أخذ ما نقصها الغصب ويأخذ بقية أعضائها إذا عد أجزاءها

كسلع أفات بعضها وبقى بعضها .

ومن « المجموعة » : قال أشهب ولو فقأ عينها أجنبى ، فلربها أخذها وما نقصها يوم الفقأ من الفاقئ في عدمه وملائه ، ثم لا شيء له على الغاصب ، وإن شاء أسلمها وأخذ قيمتها من الغاصب يوم الغصب .

وإن كان الغاصب أخذ ما نقصها من الفاقئ وهو أكثر من قيمتها يوم الغصب أخذ منه الأكثر .

قال سحنون : لها تفسير .

قال ابن عبدوس : وتفسيرها أن ينظر ، فإن كان ما أخذ الغاصب من الفاقئ أكثر من قيمتها يوم الغصب ، أخذ جاريته واتبع الغاصب بما أخذ ، فإن كان عديمًا أخذ ذلك من الجانى ورجع به الجانى على الغاصب . وإن كان قيمتها يوم الغصب أكثر ، فله طلب الغاصب بالقيمة وتبقى له الأمة وما أخذ فيها ، وإن شاء أخذ الأمة واتبع الغاصب بما أخذ من الجانى، ويتبع الجانى به لم يرجع به الجانى على الغاصب.

م : واختلف في أم الولد إذا اغتصبت فماتت ، فهى كالحرة ولا ضمان على غاصبها في قول . وقيل : هى كالأمة وكالمعتق إلى أجل وكالمدبر إذا غصبوا فماتوا ، إن على غاصبهم القيمة كقيمة العبد .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن غصب أمة شابة ، فهرمت عنده ، فذلك فوت يوجب لربها قيمتها ، لأن الهرم كعيب مستقل أصابها عند الغاصب .

قال أشهب في «كتابه» : وإن شاء ربها أخذها ولا شيء له في هرمها ، كان ما أصابها عنده من الهرم يسيرًا أو كثيرًا ، وكذلك ما صارت إليه من السن أمرًا يسيرًا ، مثل انكسار النهدين ونحوه لكان له تضمينه قيمتها إن شاء .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو غصبها صغيرة وهى تساوى مائة ، فكبرت عنده حتى نهدت فصارت تساوى ألفًا ، ثم ماتت ، فإنه يضمن مائة .

ابن المواز : قال أشهب : كما لو نقصت لم تنقص من تلك القيمة ، لكذلك لا يزاد عليه إذا زادت ، وكمن جرح عبدًا قيمته مائة دينار ، فيموت وقيمته ألف دينار ، فلا يضمن إلا قيمته يوم الجرح ، كالأمة إذا طلقت أو مات زوجها ، ثم عتقت ، لم

تنتقل إلى عدة الحرة .

قال غيره : وكمن سرق سرقة غرم قيمتها يوم السرقة ، فلا ينظر إلى ما تؤول إليه قيمتها قبل القطع .

م : قيل : فإن غصبها صغيرة فكبرت فلا يضمن ، لأنها خير منها يوم غصبت، ولا نقص فيها ، فإن حدث بها نقص بعد ذلك كانكسار النهدين وشبهه كان له أن يضمنه .

قال بعض الفقهاء : فانظر لِمَ لَمْ يجعل ما حدث فيها من النماء يجبر النقص الحادث فيها ؟

م : لأنه لما كان له أن يأخذها ولا غرم عليه لنمائها ، فكأنه غصبها كذلك ، فإذا نقصت عنده ضمنه .

م : وعلى هذا كان يجب لو قتلها يومئذ كان تجب عليه قيمتها يوم القتل .

م : وهذا مذهب الشافعى ، لأنه يراه غاصبًا لها كل يوم حتى يردها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو ولدت عند الغاصب ثم مات الولد ، لم يضمنهم ، ولو قتلهم الغاصب ضمن قيمتهم .

ومن « المجموعة » : قال سحنون في غاصب العبد يحدث فيه عنده عيب ، فيأخذه ربه ولم يعلم بعيبه ، ثم يحدث عند ربه عيب آخر ، أو مات في يديه أو وهبه أو باعه .

قال : إن باعه بقيمته يوم غصبه فأكثر ، فلا شيء على الغاصب .

وإن باعه بأقل من القيمة ، فله الأقل من [] القيمة أو من قيمة العيب .

وإن وهبه أو مات رجع بقيمة العيب على الغاصب .

وإن لم يبع ولا وهب ، رده وقيمة العيب الحادث عنده ، وأخذ من الغاصب قيمته يوم غصبه ، وإن شاء حبسه على الغاصب بقيمة العيب الذي حدث عنده .

فيما باعه الغاصب فمات أو قتل أو تغير أو لم يتغير

قال ابن القاسم : ومن غصب أمة فباعها من رجل لم يعلم بالغصب ، فماتت عند المبتاع ، فلا شيء عليه ، ولربها أخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب لا يوم البيع

أو الثمن الذى أخذ فيها .

قال ابن المواز : قال أشهب : وإن استحقت بحرية ، رجع المشترى على بائعها بالثمن، وكذلك بأنها [ق /٥١ / ٨ب] أم ولده أو معتقه إلى أجل وقد ماتت عنده، فإنه يرجع بالثمن على بائعه ، وإن كانت مدبرة ، لم يرجع بشىء .

ابن المواز : وكذلك المكاتبة عندى كالأمة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو قتلت الأمة عند المبتاع ، فأخذ لها أرشًا، ثم استحقت فلربها إن شاء أخذ قيمتها يوم الغصب من الغاصب ، وإن شاء أخذ منه ثمنها وأجاز البيع ، وإن شاء أخذ من المبتاع ما قبض فيها من القاتل ، ثم يرجع المبتاع على الغاصب بالثمن ، ولو كان المبتاع هو الذى قتلها فلربها أخذه بقيمتها يوم القتل ، ثم يرجع هو بها على الغاصب ،لأن مالكًا قال فيمن ابتاع طعامًا فأكله ، أو ثيابًا فلبسها حتى أبلاها، ثم استحق ذلك ، فإن المستحق يأخذ من المبتاع مثل طعامه أو قيمة ثيابه ، وإنما يسقط عن المبتاع موت الجارية ، لأنه أمر من الله تعالى ، وكذلك كل ما عرف هلاكه من أمر الله تعالى لا صنع له فيه ، فلا ضمان عليه فيه .

وأما ما كان الهلاك من سببه ، فإنه يضمنه .

م : وقيل عن أشهب : إنه إذا باعها الغاصب بمائة ، فقتلها المبتاع وقيمتها خمسون ، فأغرمه المستحق قيمتها خمسين ، قيل : يرجع المبتاع على الغاصب بما غرم للمستحق في ذلك وهو خمسون ، ويرجع المستحق على الغاصب بالخمسين بقية الثمن الذى أخذ فيها ، والقياس ما قاله ابن القاسم : إن المستحق لما أغرم المبتاع قيمتها ، فكأنه أخذ عين شيئه ، وانتقض البيع بين المشترى والغاصب ، فوجب أن يرجع المشترى بجميع ثمنه .

ولو كان قيمتها يوم الغصب مائة وعشرين ، فباعها الغاصب بمائة ، فقتلها المبتاع وقيمتها حينئذ خمسون ، فأخذ المستحق قيمتها من المشترى خمسين ، فيرجع المشترى ـ على قول أشهب ـ على الغاصب بما غرم ، وذلك خمسون ، ويرجع عليه المستحق بتمام القيمة يوم الغصب ، وذلك سبعون .

وعلى قول ابن القاسم ، يرجع المشتري بثمنه ، وذلك مائة ، ويرجع عليه

المستحق بتمام القيمة يوم الغصب ، وذلك عشرون .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك إن قطع المبتاع يدها أو فقأ عينها ، فلربها أخذها ، ويضمن المبتاع ما نقصها ، ويرجع المبتاع بالثمن على الغاصب ، فإن شاء ربها أجاز البيع وأخذ الثمن من الغاصب ، أو أغرمه القيمة يوم الغصب ويتم البيع .

قال في « العتبية » : وهذا في العمد ، وأما في الخطأ فكما لو ذهب ذلك بأمر من الله تعالى .

وقال أشهب في « المجموعة » : إذا قتلها المبتاع عمدًا أو خطأ ، فلمستحقها أن يضمنه قيمتها ، لأنها جناية .

ومن « المدونة » : ولو كان ذهاب عين الجارية أو قطع يدها عند المبتاع بأمر من الله تعالى من غير سببه ، لم يضمن المبتاع ذلك ، والمغصوب منه مخير في أخذ جاريته ناقصة ولا شيء له على المبتاع ولا على الغاصب ، أو يأخذ من الغاصب الثمن الذى باعها به أو القيمة يوم الغصب .

قال في « العتبية » : ولو ادعى المبتاع أنها هلكت صدق فيما لا يغاب عليه من رقيق أو حيوان ، ولا يصدق فيما يغاب عليه ، ويحلف بالله الذى لا إله إلا هو لقد هلك ، ويغرم قيمته ، إلا أن يأتى ببينة على أنه هلك ذلك من غير سببه .

م : قيل : فإن رأى الثوب عنده بعد شهر من يوم اشتراه فادعى ضياعه لما استحق ، فالأشبه أن يضمن قيمته يوم رؤى عنده بعد الشهر ، بخلاف الصانع والمرتهن يدعى ضياعه بعد أن رؤى عنده بعد شهر ، فهؤلاء يضمنون قيمته يوم قبضوه ، وأن هؤلاء قبضوه على الضمان ، فلما غيبوه بعد شهر أمكن أن يكونوا إنما قبضوه ليستهلكوه ، فأشبهوا المتعدى والمشترى ، فإنما قبضه على أنه مهلكه ، فلم يتهم أن يكون اشتراه ليستهلكه فإذا لبسه المشترى حتى أبلاه ، فقيل : يضمن قيمته يوم لبسه ، وفي هذا نظر ، لأنه غير متعدٍ في لبسه ، وهو لو لبسه يومًا أو أيامًا ولم ينقصه ذلك ، لم يكن عليه شيء ، إنما يضمن قيمته يوم استهلكه .

م : الجواب : لما كان هلاكه بانتفاعه لم يفرق في ذلك بينه وبين المتعدى ، ألا

ترى أن ابن القاسم شبه ذلك بقتله ، فلذلك كان عليه قيمته يوم لبسه ، وكما لو كان ذلك عنده رهنًا أو وديعة .

فصل

ومن « المدونة » : ومن غصب عبدًا أو دابة فباعها ، ثم استحقها رجل وهى بحالها ، فليس له تضمين الغاصب قيمتها وإن حالت الأسواق ، وإنما له أن يأخذها أو يأخذ الثمن من الغاصب ، كما لو وجدها بيد الغاصب وقد حال سوقها ، فليس له تضمين قيمتها إلا أن تتغير في بدنها .

قال ابن عبدوس : وإن حال سوقها بنقص ، فروى ابن وهب عن مالك أن له تضمين الغاصب قيمتها .

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : وإذا غصب أمة فلم تلد ، ولا حال سوقها ، إلا أنه غاب [ق /٥٢/ ٨ب] عليها ، ولم يعلم أنه وطئها أم لا ، فلربها أخذها أو يضمنه قيمتها .

وكذلك إن باعها بعد أن غاب عليها ، فله تضمينه قيمتها وإن لم تتعين ، أو يأخذ ثمنها ، أو يأخذها من المشترى ، وقاله مالك وأصحابه ، وهذا في الجارية الرائعة .

م : لأن اغتصاب مثل هذا والغيبة عليها ينقص من ثمنها ، فقد أدخل على ربها فيها عيبًا ينقصها ، فوجب عليه ضمانها ، كما لو نقصت في بدنها .

قال ابن حبيب : وليس ذلك في الوخش ، ولا في العروض والعبيد ، ولا في الدواب إلا أن يسافر على الدابة سفرًا بعيدًا ، فربها مخير في أخذها أو أخذ قيمتها .

م : وهذا خلاف لابن القاسم في الدابة إذا سافر عليها ثم ردها بحالها ، فليس له تضمينه عنده ، بخلاف المتعدى من مكترٍ أو مستعير ، وقد ذكرنا الفرق بينهما .

م : والقياس من هذا الوجه أنهم كلهم سواء ، ويضمنون .

م : وقوله في الأمة إذا غاب عليها الغاصب : يضمن قيمتها ، خلاف أيضًا لابن القاسم ، والله أعلم ، ورواية ابن حبيب فيها أحب إليَّ ، وبها أقول .

ومن « المدونة » : وإذا باع الغاصب الأمة ، فولدت عند المبتاع ، أو ماتت ، ثم

أجاز ربها البيع ، فذلك جائز .

ولو أجاز ربها البيع بعد أن هلك الثمن بيد الغاصب ، كان الغاصب يضمنه ، وليس لربها ببيعه يوجب له حكم الأمانة في الثمن .

ومن غصب أمة بعينها بياض ، فباعها ثم ذهب البياض عند المبتاع ، وأجاز ربها البيع، ثم علم بذهاب البياض ، فقال : إنما أجزت البيع ولم أعلم بذهابه ، وأما الآن فلا أجيزه ، لم يلتفت إلى قوله ولزمه البيع ، وقد قال مالك في المكترى يتعدى المسافة ، فتصل الدابة فيغرم قيمتها ، ثم توجد ، فهى للمكترى ولا شىء لربها فيها، ولو شاء لم يعجل .

م : **وقال بعض الفقهاء** : ولو زال البياض عند الغاصب وأجاز البيع ، لانبغى أن يكون متكلما ، لأن البيع وقع على غير الصفة التى يعرفها ، فيقول : إنما أجزت البيع على ما كنت أعرف .

م : لأنه يقول : إنما أجزت بيع جارية عوراء بهذا الثمن ، ولو علمت أن بياضها قد زال قبل البيع ما بعتها بمثل هذا الثمن ، وأما التى بيعت وهى عوراء ، فقد بيعت على ما كان يعرف ، فقد رضى بثمنها على تلك الحالة ولا حجة له .

م : ويحتمل أن يقال : لا حجة له في الوجهين ، لأنه لو شاء لاستثبت ولم يعجل، وهى حجة مالك الأولى .

قال : ومن غصب أمة فباعها ثم قام ربها وقد أعتقها المبتاع ، فله أخذها ونقض العتق، نقصت أو زادت ، وله أن يجيز البيع ، فإن أجازه تم العتق بالعقد الأول ، والعتق منعقد بظاهر الشراء ، والبيع لم يزل جائزًا إلا أن للمستحق فيه الخيار .

قال ابن المواز : ولو كانت قد ولدت الأحرار ، وشهدت الشهادات ، ونفذت أمورها على أنها حرة ، ثم استحقها سيدها فاختار إجازة البيع وأخذ ثمنها من الغاصب ، أو أغرمه قيمتها يوم الغصب لما دخلها من نقص ، فإن الحرية تجوز لها ، ولا ينتقض شىء مما فعلته على أنها حرة ، والولاء للمشترى .

ولو أخذها سيدها ولم يجز بيعها ، لنقض أفعالها وردت ما ورثت .

قال : ولو كان قد قطع رجل كفها فاقتص لها منه ، لرجع المقطوعة كفه على

عاقلة الإمام بدية كفه ، ويرجع المستحق على قاطعها بما نقصها ، ويرجع جميع أحكامها فيما مضى وما يستقبل أحكام أمة .

م : وقد ذكر الاختلاف في عتق المديان إذا أمضى الغرماء [] ذلك كعتق المشترى ، فقيل : إن عتق المديان عتق عداء ، وليس هو كعتق المشترى ، وظهر لي أنهما سواء ، ومثال الحجة فيه .

م : وقيل : فإن أعتقها الغاصب ، فأتى ربها فوجدها لم تفت ، فإن أراد أن يلزمه قيمتها ويمضى عتقها ، فقال الغاصب : لا أرضى بذلك ، فينبغى ألا يلزم ذلك الغاصب ، لأن عتقه باطل ، لأنه أعتق ما لا يملك .

فإن قيل : يلزمه لأنه أعتق ما في ضمانه .

قيل : قد لا يلزم الإنسان عتق ما في ضمانه ، مثل عتقه عبدًا باعه بالعهدة ، أو أمة في المواضعة .

فإن قيل : فإن عتقه رضى بالتزام القيمة .

قيل : لا يلزمه ذلك كما لو باعها ولم تفت ولم يكن للمستحق أن يلزمه القيمة، وإنما له أن يأخذها ، أو يجيز البيع ويأخذ الثمن .

فصل

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : ومن باع أمة ثم أقر أنه غصبها من فلان ، لم يصدق على المبتاع ، ويضمن لربها القيمة إلا أن يشاء ربها أخذه بالثمن بذلك .

ومن ابتاع أمة من غاصب ، ثم ابتاعها الغاصب من ربها ، فليس للغاصب نقض بيعه، لأنه تحلل صنيعه ، وكأنه غرم القيمة لربها .

ولو ورثها الغاصب من ربها ، كان [له] نقض البيع ، لأنه حل محل ربها بغير صنع منه ، ولو كان إنما باعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها وعرفها ، كان [ق / ٥٣ / ٨ب] ذلك نقضًا لبيع الغاصب .

وإذا باع الغاصب ما غصب ، ثم علم المبتاع بالغصب ، والمغصوب منه غائب ، فللمبتاع رد البيع بحجته ، أنه يضمنه ويصير ربه مخيرًا عليه إذا قدم ، وليس للغاصب أن يقول : أنا أستأني رأى صاحبها ، ولو حضر المغصوب منه فأجاز البيع

لم يكن للمبتاع رده.

وكذلك من أفتيت عليه في بيع سلعة في غيبته .

ومن « **العتبية** » : قال أصبغ عن ابن القاسم : وإذا أجاز رب العبد البيع والعبد قائم، فلا كلام للمشترى ، والعهدة في ذلك على رب العبد لا على الغاصب .

فإن فات العبد حتى يكون المستحق مخيرًا في الثمن أو القيمة يوم الغصب في العبد لفوته ، فاختار أخذ القيمة أو الثمن من الغاصب ، فالعهدة للمشترى على الغاصب .

في الشهادة على الغصب واختلاف المستحق والغاصب في صفة ما غصب أو عدة ما انتهب

قال ابن القاسم : وإن أقمت شاهدًا أن فلانًا غصبك هذه الأمة ، وشاهدًا آخر على إقرار الغاصب أنه غصبكها ، تمت الشهادة .

ولو شهد أحدهما أنه غصبكها ، وشهد الآخر أنها لك ، فقد اجتمعا على إيجاب ملكك لها ، فيقضى لك بها ، يعنى بعد أن تحلف أنك ما بعت ولا وهبت ، كمن استحق شيئا ببينة ، وذلك إن ادعاها الغاصب لنفسه ، لأنهما لم يجتمعا على إيجاب الغصب .

م : **وقال بعض الفقهاء** : شهادتهما مختلفة ، فإذا لم تفت حلف مع أى الشاهدين شاء ، فإن حلف مع شاهد الملك ، حلف أن شاهده شهد بحق وأنه ما باع ولا وهب .

وإن حلف مع شاهد الغصب ، حلف : إنه لقد شهد شاهدى بحق فقط ، وردت إلى يده بالحيازة فقط ، لأن شاهد الغصب لم يثبت له ملكًا ، وشاهد الملك لم يثبت له غصبًا، ويمكن أن تكون خرجت من يده ببيع إلى الذى هى في يده ، فلما لم يجتمعا على ملك ولا غصب حلفا كما قدمنا ، والله أعلم .

قال ابن القاسم : ولو دخل الجارية نقص كان لك أن تحلف مع الشاهد بالغصب، ويضمن الغاصب القيمة .

قال : ومن أقام شاهدًا أن هذه الأرض له ، وشاهدًا آخر أنها حيزه ، قضى له

بها ، لأنهما قد اجتمعا على الشهادة ، ومعنى قوله : حيزه ، كقولك : هذا حيز فلان .

قال بعض الفقهاء : ومعنى حيزه ، أي ملكه ، ولو كانت بمعنى الحيازة لكان مثل المسألة الأولى .

قال ابن القاسم : وإذا أقمت بينة على رجل أنه غصبك جارية لا يدرون قيمتها وقد هلكت ، قيل لهم : صفوها ، وتقوم تلك الصفة .

قال أشهب في كتبه : فإن لم يثبتوا لها صفة ، جعلت من أوضع الجوارى ، ثم أغرم الغاصب على ذلك يوم غصبها .

قال ابن القاسم : وإن شهدت بينة أنه غصبك ثوبًا أو جارية لا يدرون أين ذلك ، فذلك تمليك لك ،ويقضى عليه برد ذلك إليك .

ومن « العتبية » : قال عيسى : عن ابن القاسم فيمن أقام بينة أن فلانًا غصبك أرضًا في قرية تسمى فلانة ، ولا يدرون موضع الأرض منها والغاصب منكر ، قال : شهادتهم باطلة ، لأنهم لم يشهدوا على شيء معروف ولا محدود ولا شيء بعينه .

قال عنه أصبغ : إذا شهدوا للمغصوب منه أن هذه أرضه ولا يعرفون الحدود ، فإنه يسجن الغاصب ويضيق عليه حتى يبين له حقه ، ولا يقضى له إلا بشهادة أو بإقرار ، فإن أقر بشيء ، أو قال : هذا حقه ، حلف عليه .

قال أصبغ : أو يشهد غيرهم على الحدود فيقضى بذلك . فإن لم يشهد له أحد بالحدود ، وضيق على الغاصب [ ] بالسجن ، فلم يقر بشيء ، حلف على الجميع كما يحلف المدعى عليه بغير بينة ، ولا يكون عليه شيء بتلك الشهادة .

فصل

ومن « المدونة » : ومن غصب أمة وادعى هلاكها ، واختلف في صفتها صدق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبه ، فإن جاء بما لا يشبه صدق المغصوب منه في الصفة مع يمينه .

وقال أشهب في كتبه : لا يراعى في هذا ما يشبه ، والغاصب مصدق في ذلك ولو قال : كانت بكماء صماء عمياء ، صدق مع يمينه .

قال في « النوادر » : وقول من قال : إذا أتى بما لا يشبه صدق المغصوب منه مع يمينه، غلط ، إنما يؤخذ هذا في اختلاف المتبايعين في قلة الثمن وكثرته ، والسلعة قائمة معروفة الحال ، فيصدق من يشبه أن يكون الحق في قوله مع يمينه فيما يتغابن الناس بمثله.

م : لعله يريد : وقد دخل السلعة نقص أو حوالة سوق ، فيراعى قول من يشبه .

وأما إن لم يدخلها شيء من ذلك ، فقد قالوا : لا يراعى قول من يشبه ، وليتحالفا ويتفاسخا .

م : ويحتمل أن يكون في قيامها قولان ، هل يراعى ما يشبه أم لا ؟ ، والقياس أن يراعى ما يشبه ، وإليه نحا أشهب ها هنا ، [ق / ٥٤ / ٨ب] والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو قضينا على الغاصب بالقيمة ثم ظهرت الأمة بعد الحكم ، فإن علم أنه أخفاها ، فلربها أخذها ورد ما أخذ .

وإن لم يعلم ذلك ، لم يأخذها ربها .

قال أشهب في كتبه : ويحلف الغاصب ها هنا ـ إذا لم يعلم أنه أخفاها ـ بالله ما أخفاها ، ولقد كانت فاتت من يده ، فإذا حلف بقيت له إذا كانت على الصفة التى حلف عليها .

قال ابن القاسم : إلا أن تظهر أفضل من الصفة بأمر بين ، فلربها الرجوع بتمام القيمة، وكأن الغاصب لزمته القيمة فجحدها ، وقاله أشهب .

قال : ومن قال : إن له أخذها ، فقد أخطأ ، كما لو نكل الغاصب عن اليمين في صفتها ، وحلفت أنت على صفتك ، ثم ظهر أنها على خلاف ذلك كنت قد ظلمته في القيمة ، فيرجع عليك بما زدت عليه من ذلك ، ولا يكون له أن يقول لك: رد الجارية .

م : **قال بعض الفقهاء** : وينبغى أن لو أقر بخلاف ما غصب ، مثل أن يقول : غصبت جارية ، ويقول المغصوب منه : عبداً ، فكان القول قول الغاصب ، ثم ظهر أن الذى غصب عبد أن يكون له الرجوع فيه ، كالذى أخفي ذلك ،لأنه قد علم أنه

أخفي الصفة ، ولم يغرم من قيمتها شيئا ، بخلاف اتفاقهما على العين ويختلفان في الصفة ، فالعين حينئذ هى المبيعة ، إلا أنهما اختلفا في صفتها ، وانظر لو قال : غصبت منك جارية سوداء للخدمة قيمتها عشرون دينارًا ، وقلت : إنما غصبت منى جارية بيضاء قيمتها مائة دينار مما يصلح للوطء ، هل هذا بخلاف جحد بعض الصفة أم لا ؟

م : والأشبه أن يكون كمن جحد بعض الصفة .

وقد قال أشهب : إن القول قول الغاصب ولو قال : كانت بكماء صماء ، ثم قال : وإذا ظهرت بخلاف الصفة ، فإنما يرجع بتمام القيمة ، وكذلك قال ابن القاسم: إذا ظهرت خلاف الصفة بأمر بين ، فإنما يرجع بتمام القيمة ، وهذا يدل على ما قلناه .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن غصب أو انتهب صرة ببينة ، ثم قال : كان فيها كذا ، والمغصوب منه يدعى أكثر ، فالقول قول الغاصب مع يمينه .

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم عن مالك فيمن انتهب صرة من رجل ، وناس ينظرون إليه قد أخذها ، فطولب فطرحها في متلف ، فادعى ربها عددًا ، وكذبه الآخر ، ولم يفتحها ولم يدرى المنتهب ما فيها ، أو لم يطرحها ، ثم يختلفان فالقول قول المنتهب مع يمينه ، ومطرف وابن كنانة وأشهب يقولون في هذا وشبهه : إن القول قول المنتهب منه إذا ادعى ما يشبه ، وأن مثله يملكه .

م : يريد ، ويحلف ، وقد اختلف في يمينه ، كالذى يدعى على رجل بمائة ، فيقول المطلوب : لا أدرى ألك عليَّ شيء أم لا ، فقيل : يأخذ المدعى ما قال بغير يمين ، لأنه لا حقيقة عنده ، ولأن الشاك لو أحلف لم يمكنه أن يحلف ، فيصير لا فائدة في يمين مدعى التحقيق .

وأما إذا طرحها ولم يفتحها ولم يدر ما فيها ، فالقول قول المنتهب منه مع يمينه فيما لا يشبه ، لأنه يدعى حقيقة .

وأما إن غاب عليها ، وقال : الذى كان فيها كذا وكذا ، فالقول قول المنتهب مع يمينه .

القضاء في ولادة الأمة من غاصب أو زوج أو مشتر، وكيف إذا أعتقها المشترى، أو كان ثوبًا فلبسه

قال ابن القاسم : وإذا ولدت الأمة بيد الغاصب من وطئه أو من زوج تزوجها ، وعلم أنها أمة ولم يعلم بالغصب ، أو ولدت من زنا ، فلربها أخذها وأخذ الولد رقًا، ويحد الغاصب في وطئه إياها إن أقر بالوطء ، ولا يثبت نسب ولده ، ويثبت نسب ولد الزوج ويكون رقًا ، إلا أن يتزوجها على أنها حرة ، فيكون لربها أخذها وقيمة ولدها ويكون حرًا .

ومن ابتاع أمة فأعتقها ، ثم استحقت ، فليأخذها ربها ، وينتقض العتق إن قامت له بينة أنها غصبت منه أو سرقت ، أو أنها له ، ولم تذكر البينة غير ذلك .

وإن أولدها المبتاع ، فليستحقها بالملك أخذها إن شاء مع قيمة ولدها يوم الحكم عبيدًا، وعلى هذا جماعة الناس ، وقاله مالك ، وأخذ به ابن القاسم ، ثم رجع مالك فقال : يأخذ قيمتها وقيمة ولدها يوم يستحقها ، لأن في ذلك ضررًا على المبتاع .

قال ابن حبيب : ثم رجع مالك فقال : ليس على المبتاع إلا قيمتها يوم وطئها ، ولا قيمة عليه في ولدها ، وبه أخذ ابن الماجشون وغيره ، وفي كتاب الاستحقاق إيعاب هذا.

قال مالك : ومن ابتاع ثوبًا من غاصب ولم يعلم ، فلبسه حتى أبلاه ، ثم استحق ، غرم المبتاع لربه قيمته يوم لبسه ، وإن شاء ضمن الغاصب قيمة يوم الغصب أو أجاز بيعه وأخذ الثمن .

ولو تلف الثوب عند المبتاع بأمر من الله تعالى ، لم يضمنه ولو تلف عند الغاصب بأمر من الله ، لزمه ضمانه .

ما يلزم الغاصب فيه القيمة أو المثل مما استهلكه، وكيف إن وجده ربه بغير بلده

[ق / ٥٥ / ٨ب] قال أبو محمد : وقال بعض البغداديين : وأوجبت القيمة في غير المكيل والموزون لقول النبى عليه السلام : « **من أعتق شركًا له في عبد قوم**

عليه نصيب شريكه » [١] ، فجعل فيه القيمة وهى أعدل لتعذر إدراك المماثلة فيه ، وما كانت فيه مدركه مما يكال أو يوزن ، فهى فيه أعدل لتقاربها من الذهب والورق في إدراك المماثلة ، وغيرنا يفرد ذلك ، وتخالفنا في العروض ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ**﴾[٢]، قد علم أنه أريد به المثل والصفة والمقاربة لا حقيقة المقدار في الوزن ، لأن ما ذكر من النعم لا يماثله الصيد في المقدار، ليست البدنة مثلا للنعامة ، وبذلك يحكم فيها ، فعلم أنه تعالى أراد مماثلة الصفة والمقاربة في الخلقة ، والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن غصب لرجل طعامًا أو إدامًا فاستهلكه ، فعليه مثله بموضع غصبه منه .

فإن لم يجد هناك مثلاً ، لزمه أن يأتى بمثله ، إلا أن يصطلحا على أمر جائز.

وإن لقيه ربه بغير البلد الذي غصبه فيه ، لم يقض عليه هناك بمثله ولا بقيمته ، وإنما له عليه مثله بموضع غصبه فيه .

ومن « المجموعة » و«كتاب ابن المواز» : قال ابن القاسم : ومن استهلك لرجل عسلا أو سمنًا في بلد ، فلم يجد له بذلك البلد عسلاً ولا سمنًا ، قال : لا بد أن يأتيه بمثله ، وله أن لا يأخذ قيمته إلا أن يصطلحا على أمر يجوز .

وقال أشهب : رب الطعام بالخيار ، إن شاء صبر عليك وألزمك أن تأتى بالمثل من أى بلد كان ، وإن شاء ألزمك القيمة الآن .

قال ابن عبدوس : واختلف في هذا كما اختلف في الذى يسلم في الفاكهة فينقطع إبانها وقد بقى له منها ، فليصبر حتى يأتى بالطعام من بلد آخر ، كالصبر حتى يأتى إمكان الثمرة إلى عام قابل .

فقال ابن القاسم : يلزم الطالب التأخير حتى يؤتى بالطعام وحتى يأتى قابل في الفاكهة .

وقال أشهب : يرد إليه رأس ماله في السلم ، ولا يجوز أن يؤخره .

وقال في الطعام : يأخذ فيه قيمة الطعام إن شاء ، وإن شاء أخره حتى يأتى بالمثل ، فهذا فسخ الدين في الدين على أصله ، فلا يجوز أن يؤخره بالطعام إذا كان

---

(١) أخرجه البخارى (٢٣٥٩) ومسلم (١٥٠١) من حديث ابن عمر ـ رضى الله عنهما .

(٢) سورة المائدة (٩٥) .

له أخذه بالقيمة ، وإنما ينظر ، فإن كان الموضع الذى يوجد فيه مثل الطعام على يوم أو يومين أو ثلاثة والأمد القريب ، فليس له فيه إلا مثل طعامه يأتيه به وإن كان بعيداً ما على الطالب فيه ضرر ، وكان استهلكه في لج بحر أو فيافي بعيدة من العمران ، فهذا يغرم قيمته حيث استهلكه ، يأخذ بها حيث لقيه .

ومن « **المدونة** » : قال مالك : وأما العروض والرقيق والحيوان إذا استهلكها ، فله قيمة ذلك ببلد الغصب يوم الغصب ، يأخذه بتلك القيمة أين ما لقيه من البلد ، إن نقصت القيمة في غير البلد أو زادت .

فصل

ومن « **المجموعة** » : روى سحنون عن ابن القاسم عن مالك في العروض والرقيق والطعام يُسرق ، فيجده ربه بغير بلده ، قال : أما الطعام فليس له أخذه ، وإنما له أن يأخذ السارق والغاصب بمثله في موضع سرقه أو غصبه .

وأما العبيد والدواب ، فليس له إلا أخذهم حيث وجدهم لا غير ذلك .

يريد : إن لم يتغيروا .

وأما البز والعروض ، فربها مخير بين أخذه بعينه ، وإن شاء قيمته بموضع سرق منه .

وقال سحنون : البز عندى كالرقيق ، وإنما له أخذه حيث وجده إذا لم يتغير في بدنه، وكأنه رأى اختلاف البلدان كاختلاف الأسواق ، فإنما حال منه بغير سوقه وليس بمنزلة أن لو لقيه به وقد عاد إلى البلد ، والمتاع بالبلد الذى نقله إليه ، هذا له أن يضمنه قيمته ، لأنه حال بينه وبينه .

وقال أشهب في الطعام : ربه مخير بين أخذه بعينه ، أو مثله في موضع غصبه منه ، ويحال بين الغاصب وبين الذى نقل حتى يوفي المغصوب حقه .

قال سحنون : لا أعرف هذا من قول الرواة .

وحكى ابن المواز قول ابن القاسم وقول أشهب في الطعام .

قال : وقال أصبغ : إن كان البلد بعيداً ، فالقول ما قال ابن القاسم ، ويتوثق لرب الطعام بحقه .

وإن كان قريبًا لبعض الأرياف ، فله أخذه ، وتحمل على الظالم بعد الحمل .

وقال ابن القاسم : إنما له أخذه بمثله حيث غصبه ، ولو اتفقا على أن يأخذه بعينه

أو مثله بموضع نقله أو يأخذ فيه ثمنًا جاز ، بمنزلة بيع طعام القرض قبل قبضه، وقاله أصبغ .

ابن المواز : وقال أشهب في العروض في الحيوان : إن لربها أخذها بموضع وجدها ، وإن شاء تركها وأخذه بقيمتها يوم الغصب ببلد الغصب ، يأخذ ذلك منه حيث لقيه ، وقاله أصبغ .

ابن المواز : صواب ، لأن اختلاف البلدان البعيدة كتغيرها عن حالها .

م : وتحصيل هذا الاختلاف باختصار ، قال ابن القاسم : أما الطعام فليس له في الحكم إلا مثله بموضع غصبه ، والحيوان والرقيق ليس له إلا أخذه بموضع وجده، والبز هو مخير بين أخذه أو أخذ قيمته بموضع غصبه .

قال سحنون : البز كالحيوان ، ليس له إلا أخذه حيث وجده ، أيّ موضع كان .

وقال أشهب : الحيوان كالبز وهو مخير في أخذه أو قيمته ببلد الغصب .

قال : وكذلك الطعام له أخذه به حيث وجده بعينه ، أو مثله ببلد الغصب .

وفرق أصبغ بين البلد البعيد والقريب .

م : وقال بعض [ق / ٥٦ / ٨ ب] الفقهاء : جعل سحنون نقل البز والعروض من بلد إلى بلد كاختلاف الأسواق وقد فرق بين هذا وبين اختلاف الأسواق بالضرر الذى دخل على ربها في نقلها ، وقد قالوا في العبد إذا جنى عند الغاصب جناية عمدًا : إن لزمه أن يغرمه قيمته كالتأثير في عينه ، بخلاف حوالة الأسواق ، لأن ذلك كالعيب فيه مع بقاء الأسواق ، فهو يحط عنه في ذلك السوق بعينه ، وكذلك يجب في حدوث الإباق والسرقة.

قال : وأحسن ما قيل في الحيوان : أن ليس نقلها فوتًا ، لأنها تمشى بخلاف العروض، فليس لربها إلا أخذها ، وجعل أشهب ذلك كالتغير في البدن .

قال : والأشبه في المكيلات والموزونات ما قاله ابن القاسم ، إذ لا ظلم في ذلك على المغصوب ، إذ مثله يقوم مقامه ، ولا يظلم الغاصب كما لو غصب قمحًا فطحنه، أن الأعدل من الأقاويل أن عليه مثله ، ولا يأخذ الرقيق .

القضاء فيما اغتله الغاصب أو نتج عنده أو سكنه أو استهكله

قال الرسول عليه السلام : « **الخراج بالضمان** » (١) ، يريد ﷺ ضمان الشراء لا ضمان الغاصب .

وقال عليه السلام : « **من أحيا أرضًا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق** » (٢)، فالغاصب هو من العرق الظالم ، وفي كتاب الاستحقاق إيعاب هذا .

قال ابن القاسم : فيما أثمر عند الغاصب من نخل أو شجر ، أو تناسل من الحيوان ، أو جز من الصوف ، أو حلب من اللبن ، فإنه يرد ذلك كله مع ما غصبه لمستحقه ، وما أكل رد المثل فيما له مثل ، والقيمة فيما لا مثل له ، وليس له اتباع المستحق بما أنفق في ذلك أو سقى أو عالج أو رعى ، ولكن له المقاصة بذلك فيما بيده من غلته ، لأن عن عمله تكونت ، ألا ترى أن الأجير أحق بها في الفلس ، فإن عجزت الغلة عن ذلك لم يرجع على المستحق بشيء ، وقاله أشهب في «المجموعة » .

وقال أيضًا ابن القاسم : لا شيء له فيما سقى أو عالج أو أنفق ، وإن كان ذلك سببًا للغلة ، وقاله مالك ، وبه أخذ ابن المواز .

قال : إذ ليس بعين قائمة ، ولا يقرر على أخذه ، ولا مما له قيمة بعد القلع فيرد، وهو كما لو غصب مركبًا خرابًا فأنفق في قلفطته وزمنه وترجحه وأطرافه وحوائجه ، ثم اغتل فيه غلة كثيرة ، فلربه أخذه مقلفطًا مصلوحًا بجميع تحليته ، ولا غرم عليه فيما أنفق عليه ، إلا مثل الصارى والأجل والحبال ، وما يؤخذ له ثمن إذا أخذ ، فللغاصب أخذه .

فإن كان بموضع لا غناء له عنه ، لا يجز صارى ولا أرجلاً ولا أحبلاً إلا هذه ، أو لا يجد ذلك إلا بموضع ينال حمله إليه إلا بالمشقة والمؤنة العظيمة ، وهو مما لا بد له منه مما يجرى المركب به حتى يرده إلى موضعه ، فربه مخير أن يعطيه قيمة ذلك

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذى (١٢٨٥) والنسائى (٤٤٩٠) وفى «الكبرى» (٦٠٨١) وابن ماجة (٢٢٤٣) وأحمد (٢٤٢٧٠) وابن حبان (٤٩٢٧) والحاكم (٢١٧٨) و(٢١٧٩) والدارقطنى (٣/ ٥٣) حديث (٢١٣) والطيالسى (١٤٦٤) وأبو يعلى (٢٤٥٣٧) والبيهقى فى «الكبرى» (١٠٥٢٢) من حديث عائشة ـ رضى الله عنه .

(٢) تقدم .

بموضعه كيف ما كان ، أو يسلم ذلك إليه .

م : وقد اختلف أيضًا فيمن سقى وعالج بوجه شبهة كالمشترى والموهوب له ، يقول ابن القاسم : لا يأخذ المستحق حتى يدفع قيمة السقى والعلاج .

وقال عبد الملك : بل يأخذ ذلك بغير شيء ، وكذلك عنده فيمن اشترى دارًا فبيضها، أو عبدًا صغيرًا لا خدمة له فأنفق عليه حتى كبر ، إن صاحبه يأخذه بغير شيء ؛ لأنه لا عين قائمة لما أخرج .

م : وإنما يجب هذا في المتعدى وقول ابن القاسم في هذا أصوب ، والله أعلم .

ومن « المدونة » : وإن ماتت الأمهات وبقى الولد أو ما جز منها أو حلب خير ربها، فإما أخذ قيمة الأمهات يوم الغصب ولا شيء له فيما بقى من ولد أو صوف أو لبن ولا في ثمنه إن بيع ، وإن شاء أخذ الولد إن كان ولد وثمن ما بيع من صوف أو لبن ونحوه ، وما أكل أو انتفع به من ذلك فعليه المثل فيما له مثل ، والقيمة فيما يُقَوَّم ولا شيء عليه من قبل الأمهات ألا ترى أن من غصب أمة ثم باعها فولدت عند المبتاع ، ثم ماتت ، فليس لربها أن يأخذ أولادها وقيمة الأمة من الغاصب ، وإنما له أخذ الثمن من الغاصب أو قيمتها يوم الغصب ، أو يأخذ الولد من المبتاع ثم لا شيء له عليه ولا على الغاصب من قيمة الأم ، ولكن للمبتاع الرجوع على الغاصب بالثمن، ولا يجتمع على الغاصب غرم ثمنها وقيمتها .

م : اتفق ابن القاسم وأشهب فيمن غصب أمة أو حيوانًا ، فولدت الأمة والحيوان ، واغتلها الغاصب ثم قام ربها ، فإنه يكون مخيرًا بين أخذ الأمهات والأولاد والغلة ، أو أخذ قيمة الأمهات يوم الغصب ولا شيء له غير ذلك ، واختلف إن ماتا أو أحدهما ، فقال ابن القاسم : يكون مخيرًا بين أخذ قيمة الأمهات يوم الغصب ، أو أخذ ما وجد منها مع الغلة ولا شئ له غير ذلك .

وإن ماتا جميعًا ، فليس له إلا قيمة الأمهات يوم الغصب .

وقال أشهب : إن ماتا جميعًا ضمن قيمة الأمهات يوم غصبها ، وقيمة الأولاد يوم الولادة ، وإن مات أحدهما أخذ الحى وقيمة الولد ، يريد قيمة الولد يوم الولادة وقيمة الأم يوم الغصب [ق/ ٥٧ / ٨ب] .

م : لأنه عنده غاصب لجميع ذلك وكأنه غصب الولد يوم ولد ، أو غصب الغلة

يوم أخذها .

فإذا كان ذلك قائمًا أخذه كله ، وإن فات أغرمه قيمة الأمهات يوم الغصب ، وقيمة الولد يوم ولد ، وقيمة الغلة يوم أخذها ، وكان يجب على هذا إذا كان ذلك كله قائمًا ، أو أغرمه قيمة الأمهات ، إن له أن يأخذ الولد والغلة ، فبان أن قول ابن القاسم أصح ، ولأشهب قول كقول ابن القاسم ، وذلك أنه أنكر قول من قال في الأمة تلد من المشترى : إن المستحق يأخذ قيمتها يوم أحبلها وقيمة ولدها ، فقال : إذا لزمه قيمتها يوم الوطء فقد صار الولد بعد أن لزمته بالقيمة .

وقال في غاصب الدابة إذا أكراها فعطبت : فإن شاء ربها أخذه بقيمتها يوم الغصب ولا كراء به ، وإن شاء أخذ كراءها فقط .

قال ابن عبدوس : فهذا يدل من قوله أنه إذا أخذ القيمة يوم الغصب لم يكن له شيء في ولد ولا غلة ، لأنه إنما جاء بعد أن ضمن الأمهات ، فهم له .

م : وهذا هو الصواب إن شاء الله .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم: وكل ربع اغتصبه غاصب ، فسكنه أو اغتله ، أو أرضًا فزرعها ، فعليه كراء ما سكن أو زرع بنفسه ، وغرم ما أكراها به من غيره ما لم يحاب ، وإن لم يسكنها المغصوب فلم يضمنها الغاصب أصله منافع ولا اغتلها ، فلا شيء عليه .

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عليه كذلك ، وإن علم أنه أغلق الدار وبور الأرض وأوقف الدابة والعبد ، لأنه منعه من ذلك .

قال عبد الوهاب : وهذا قول الشافعي .

ودليلنا : أنها منافع البضع ، مثل أن يحبس حرة عن التزويج حتى مضت مدة من الزمان ، فإنه لا يضمن مهر مثلها ، أو كبضع الأمة يمسكها مدة عن سيدها .

م : وهذا لا يلزم ما رواه ابن حبيب ، لأن الأبضاع لا تكرى ، والدور والأرض والدابة مما يكرى ، فهذا مفترق .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وما اغتصب من دواب ورقيق ، أو سرقة فاستعملها شهرًا ، أو طال مكثها بيده ، أو أكراها وقبض كراءها ، فلا شيء عليه في

ذلك، وله ما قبض من كرائها ، وإنما لربها عين شيئه ، وليس له أن يلزمه قيمتها إذا كانت على حالها لم تتغير في بدن ، ولا ينظر إلى تغير سوق .

قال أبو محمد : وفيما حكاه أبو الفرج عن مالك أنه قال : إن سكن أو ركب ، فلا شيء عليه ، وإن أكرى وقبض غلة غرمها وحبس منها ما أنفق .

م : ووجه هذا أن كراء ما أكراه عوض في منافع ملك غيره ، فهو كالعين القائمة يلزمه ردها وما سكن بنفسه لم يأخذ له عوضًا ، فيلزمه رده .

م : والصواب في ذلك عندنا أنه يلزمه كراء ما سكن أو ركب ، لأنه استهلك منافع ملك غيره ، كاستهلاك عين ملك غيره ، فوجب عليه غرمه في الوجهين .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو استعمل الدابة حتى أعجفها وأدبرها ، فتغيرت في بدنها ، فلربها أن يضمنه قيمتها يوم غصبها وإلا أخذها ولا كراء له .

م : يريد ، وإذا أخذها لم يضمنه ما نقصها بخلاف ما لو قطع لها عضواً عنده، هذا يغرم ما نقصها ، والفرق عنده أن العجف ليس بأمر ثابت لا يزول ، وقطع العضو هو تأثير قائم لا يعود إلى ما كان عليه ، كزوال العجف ، وأشهب يساوي بين ذلك ويقول : ليس له إلا عين شيئه أو يضمنه قيمتها يوم غصبها ، وهذا أصوب .

قال ابن القاسم : ولم يكن على الغاصب والسارق كراء ما ركب من الدواب ، بخلاف ما سكن من الربع أو زرع من الأرض ، لأنه أنفق عليه ، وهو لو أنفق على الصغير من رقيق أو حيوان حتى يكبر كان لمستحقه أخذه بزيادته ،ولم يكن له ما أنفق أو علق أو كسى ولو كان ذلك ربعًا فأخذت فيه عملاً كان له أخذ ما أحدث فيه ، فهذه وجوه مفترقة .

قال أبو محمد : وناقضه أشهب وابن المواز في هذا الفرق ، فقالا : إنما يرجع في نفقة الدار في عين قائمة ، أو ليست النفقة على الصغير بعين قائمة ؟

ابن المواز : وقال أشهب : عليه رد الغلة في الحيوان والعبيد والإماء ، وله المقاصة فيها بالنفقة والمؤنة .

قال سحنون : وقد روى ذلك عن مالك أنه يغرم له غلة الحيوان والعبيد .

وقال أشهب : إن الدور والأرضين والحيوان والعبيد ، ذلك سواء ، ويرد ما

اغتل في ذلك كله ، ويقاص بما أنفق وعمل وعلف ورعى ، وإنما الذى فيه الحديث الخروج بالضمان إنما هو فيمن ضمن بغير تعد ، فأما الظالم المتعدى ، فليس من ذلك .

وقال ابن القاسم في «كتاب الاستحقاق» : عليه أن يرد ما قبض من كراء أو غلة في دور أو رقيق .

قال غيره : ولو أكرى ذلك الغاصب وحابى فيه لأخذه بالمحاباة ، فإن أعدم أخذ بها المكترى ، وقاله سحنون .

م : وروى عن مالك أنه لا يرد شيئا من كراء أو غلة أو استخدام في ربع أو حيوان أو رقيق أو غيره .

م : فصار في هذا الأصل أربعة أقوال : قول فرق فيه بين الرباع والرقيق ، وقول أن ذلك سواء وعليه [ق / ٥٨/ ٨ب] رد الغلة ، وقول أنه ليس عليه ردها في ذلك كله ، وقول إن سكن بنفسه أو ركب فلا شيء عليه ، وإن أكرى أو اغتل رد ذلك ، ويحاسب بما أنفق في هذه الأقوال .

وقيل : لا يرده .

م : فوجه التفريق بين الرباع والحيوان قد ذكره ابن القاسم ، ولأن الحيوان غير مأمون، لأنه يسرع إليه التغير والتلف باستعماله ، فيلزمه قيمته ، فوجب أن يكون له خراجه بضمانه ، وليس كذلك الرباع لأنها مأمونة في الغالب ، ووجه القول بأنه يرجع عليه في كل ذلك لقوله عليه السلام : « **لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه** » ، ولأنه انتفع بملك غيره من غير ملك تقوم له ولا شبهة ، فلزمه قيمة ما انتفع به أصله إذا ابتدأ بالاستخدام والسكنى من غير غصب ، ووجه القول أن المنافع غير مضمونة أصلاً لقول النبى عليه السلام : « الخراج بالضمان » (١) فهو على عمومه ، ولأن الغاصب لما كان ضامنًا للعين بقيمتها يوم الغصب لم يكن لمنافعها حكم ، لأنها تابعة للعين ، ولأن الضمان بالجناية آكد من الضمان بالاستخدام وغيره، وقد ثبت أن الغاصب لو جنى على بعض أطراف المغصوب لم يكن للمالك إلا أخذه ناقصًا بلا أرش ، أو إسلامه والرجوع بالقيمة يوم الغصب عند أكثرهم فكان

---

(١) تقدم .

بألا يرجع في المنافع أم لا .

م : وقد ذكرنا وجه القول الرابع .

وقال بعض البغداديين في جميع ذلك كله ، وبالله التوفيق .

قال بعض أصحابنا : وإنما فرق ابن القاسم بين غلة الغنم من صوف أو لبن وبين غلة العبيد والدواب على أحد قوليه ، لأن غلة الدابة والعبد مكنونة بسبب الغاصب وفعله ، والأوليان والأطراف ليس له فيها فعل ، وإنما هى نامية بأنفسها ومتولدة من الأعيان ، فوجب أن يكون لها حكم الأعيان ، والله أعلم .

ومن «كتاب الغصب» : قال ابن القاسم : وأما المكترى والمستعير يتعديا بالمسافة تعديًا بعيدًا ، أو يحسبها أيامًا كثيرة ولم يركبها ثم يردها بحالها ، فربها مخير في أخذ قيمتها يوم التعدى أو يأخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة ، وله في الوجهين على المكترى الكراء الأول ، والغاصب والسارق ليس عليه في مثل هذا قيمة ولا كراء إذا ردها بحالها .

قال ابن القاسم : فلولا ما قاله مالم لجعلت على الغاصب والسارق كراء ركوبه إياها وأضمنه قيمتها إذا حبسها عن أسواقها كالمكترى ، ولكن آخذ فيها بقول مالك ، ولقد قال جل الناس : إن الغاصب والسارق والمكترى والمستعير بمنزلة واحدة ولا كراء عليهم ، وليس عليهم إلا القيمة أو يأخذ دابته .

م : وقد ذكرت الفرق بين المستعير والمكترى وبين الغاصب لسحنون وابن المواز .

وقال بعض المتأخرين من أصحابنا : إن الفرق بين الغاصب وبين المستعير والمكترى أن المستعير والمكترى إنما تعدوا على المنافع لا على الذوات ، فغرما كراء ما تعديا عليه من تلك المنافع ، والغاصب إنما قصد غصب الرقاب ، وقد كانت في ضمانه ، وإن أصابها شيء من الله تعالى ضمنها ، فوجب أن يكون له غلتها ، لأنها متولدة عن فعله وعما في ضمانه ، ولو قصد إلى غصب المنافع خاصة ، مثل أن يريد دابة يركبها إلى موضع كذت ، فيأخذها غصبًا لذلك ، لكان عليه كراؤها بلا اختلاف من قول ابن القاسم ، ويصير كالمستعير والمكترى ، وإنما فرق بينهما لاختلاف السؤال، وإذا اتفق كانوا سواء .

م : وينتقض عليه هذا الفرق في غصبه للرباع ، فقد قال ابن القاسم : إن عليه رد ما اكتراها به ، وهو قد غصب الرقاب .

فصل

قال ابن المواز : قال ابن القاسم : ومن سكن دارًا غصبًا للسكنى بمثل ما سكن المسورة حتى دخلوا ، فانهدمت من غير فعله ، لم يضمن إلا قيمة السكنى إلا أن تنهدم من فعله .

وأما لو غصبه رقبة الدار ضمن ما انهدم وكراء ما سكن ، وقاله أصبغ .

قال ابن القاسم : وإذا نزل سلطان على مكترٍ فأخرجه وسكن ، إن المصيبة على صاحب الدار ، ويسقط الكراء على المكترى فيما سكن السلطان ، وقاله مالك وأصبغ وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في « العتبية » .

قال : وقضى به الجرمى حين قدم .

ومن « المجموعة » : قال ابن القاسم وعبد الملك فيمن اكترى دارًا أو أرضًا فاغتصبها منه رجل فسكن أو زرع : إن الكراء على المكترى ، إلا أن يكون سلطانا ليس فوقه سلطان يمنعه منه إلا الله سبحانه ، وليس السلطان كغيره .

م : صواب ، لأن منع السلطان الذى لا يستطاع دفعه كمنع ما هو من أمر الله تعالى، كانهدام ادار وقحط الأرض أو غرقها في إبان الزراعة الذى لا يستطاع دفعه .

وأما ما يستطاع دفعه ، فيجب أن يكون المصيبة من المكترى ، لأنه إنما [ق/ ٥٩/ ٨ب] اشترى سكنًا فغصبت منه ، كما لو اشترى عرضًا أو حيوانًا فغصب منه إن المصيبة منه لا من البائع ، ولأنه إن غرم المراء رجع به على الغاصب ، فلم تقع عليه جائحة، والأول لا يستطيع الرجوع على أحد ، فافترقا .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا زاد مكترى الدابة أو مستعيرها في المسافة ميلاً أو أكثر ضمن ، وخير صاحبها ، فإما ضمنه قيمتها يوم التعدى ولا كراء له في الزيادة، أو أخذ منه كراء الزيادة ولا قيمة عليه ، وله على المكترى الكراء الأول بكل حال.

م : وعلى قوله في العبد الرهن إذا أعاره لمن يستعمله ، إنه **لا** يضمن **إلا** أن يكون عملاً يعطب في مثله ، وهو قد نقله من موضع لم يؤذن له فيه ، والأشبه في هذا كله الضمان ، وهو مذهب سحنون في العبد الرهن .

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة مثل البريد واليوم وشبهه ، لم تلزمه قيمتها ، وإنما له كراء الزيادة فقط .

وإن كان أصابها في تعديه عيب مفسد ، فلربها تضمينه قيمتها ، وإن كان يسيراً لم يضمن إلا ما نقصها .

قال أبو محمد : يريد ، يأخذ ما نقصها مع كراء الزيادة ، وهذا طرحه سحنون في رواية يحيى .

م : **قال بعض أصحابنا** : إذا أصاب الدابة في تلك الزيادة عيب يسير ، فوجب على هذا المتعدى غرم ما نقصها ، وجب أن يسقط من كراء الزيادة على المسافة مقدار ذلك الجزء إن نقصها الربع أو الخمس سقط من كراء الزيادة ربعه أو خمسه .

م : صواب ، لأن قيمة ذلك النقص إنما ضمنه يوم تعديه ، فكأنه إنما حمل على ما ضمنه ، كما لو هلك جميعا ، فضمن قيمتها يوم التعدى ، لم يكن عليه من الكراء شيء ، فكذلك إذا هلك بعضها فيضمنه ، وجب أن يسقط كراؤه ، والله أعلم .

م : **قال بعض الفقهاء** : إن كان النقص بسبب السير أغرمه النقص فقط ، وإن كان من غير السير فله الكراء مع النقص .

م : وعلى ما تقدم سواء كان النقص بسبب السير أو بغيره ، لأنه إنما يغرمه النقص يوم التعدى ، فكأنه إنما سار على ما قد ضمنه ، إلا أن يكون تعدى عليها بما نقصها بعد رجوعه من الزيادة ، فهذا يكون عليه النقص والكراء ، لأن النقص وجب بعد أن وجب الكراء .

م : وعلى قوله ، إن كان النقص بسبب السير ، إنما يكون له ما نقص ، ينبغى أن يكون مخيراً بين أخذ النقص أو الكراء .

قال : وقد وقع في «كتاب محمد» في الدجاجة إذا غصبها فحضن تحتها بيض

غيرها : إن له ما نقصت وكراء حضانتها .

قال : وفي هذا نظر ، لأنه إذا كان النقص بسبب الحضانة وأغرمه النقص فكيف يكون له الكراء ؟!

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن استعار دابة ليشيع عليها رجلاً إلى ذى الحليفة ، ثم تنحى قريبًا فنزل ، ثم رجع فهلكت في رجوعه ، فإن كان ما تنحى إليه من منازل الناس ، لم يضمن .

وإن جاوز منازلهم ضمن .

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ : إذا كانت الزيادة مما لا خيار لربها فيها إذا أسلمت ثم رجع بها سالمة إلى الموضع الذى تكراها إليه ، فماتت أو ماتت في الطريق إلى الموضع الذى تكاراها فيه ، فليس لربها إلا كراء الزيادة ، كرده لما تسلف من الوديعة ، ولو كانت الزيادة كثير جدًا ، لربها تضمينه فيها ، وإن رجعت بحالها، فهو ضامن .

م : إنما يصح هذا إذا كانت الزيادة يسيرة مما يعلم أن تلك الزيادة لم تعن على هلاكها، فيكون هلاكها بعد ردها إلى الموضع المأذون فيه بأمر من الله ، لا صنع للمتعدى فيه ، ويكون حينئذ هلاك ما تسلف من الوديعة بعد رده لا محالة . وإن كانت الزيادة كثيرة مما يعلم أنها أعانت على هلاكها كاليوم واليومين ، وإن كان لا يضمن في ذلك لو ردها بحالها ، فإنه يضمن ها هنا ، لأن تلك قد أعانت على هلاكها ، والله أعلم .

وهذا في الأكرية مستوعب .

فيما وهبه الغاصب
أو أعاره أو أكراه

قال مالك : ومن غصب طعامًا أو إدامًا أو ثيابًا ثم وهب ذلك لرجل ، فأكل الطعام والإدام ولبس الثياب حتى أبلاها ، ولم يعلم بالغصب ، ثم استحق ذلك رجل ، فليرجع بذلك على الواهب إن كان مليًا .

وإن كان عديمًا أو لم يقدر عليه رجع على الموهوب ، ثم لا رجوع للموهوب على الواهب بشيء .

قال ابن المواز : وقال أشهب : يتبع أيهما شاء ، كما قال مالك في المشترى يأكل الطعام أو يلبس الثياب ، إن للمستحق أن يتبع أيهما شاء ، ويبتدئ بأيهما شاء .

قال ابن القاسم في « المجموعة » : وإن كان الواهب غير غاصب ، لم يتبع إلا الموهوب المنتفع .

م : وهذا خلاف ما له [ق/ ٦٠ / ٨ب] في كتاب الاستحقاق في مكرى الأرض يحابى في كرائها ، ثم طرأ له أخ يشاركه وقد علم به أو لم يعلم ، فإنما يرجع بالمحاباة على أخيه إن كان مليًا ، فإن لم يكن له مال رجع على المكترى ، فقد ساوى في هذا بين المتعدى وغيره ، وهذا أصله في « المدونة » أنه يرجع أولاً على الواهب ، إلا أن يعدم فيرجع على الموهوب ، إلا أن يكون الموهوب عديمًا ، فهو كالغصب في جميع أموره ، ويرجع على أيهما شاء .

م : وقول أشهب أبين ، ولا يكون الموهوب أحسن حالاً من المشترى ، وبه أقول. ووجه قول ابن القاسم في ابتدائه يغرم الغاصب ، لأنه ظالم متعد ، والموهوب غير متعد ، والظالم أحق أن يحمل عليه ، فإن لم يوجد ، أو لم يقدر عليه ، أو كان عديمًا ، كان للمستحق أن يرجع على الموهوب ، لأنه يقول : الموهوب وضع يده [على] مالي وانتفع به خطأ ، فوجب عليه غرمه ، لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء .

فإن قيل : فما الفرق بينه وبين المشترى ، والمشترى غير متعدٍ ، قد جعل للمستحق أن يبدأ بغرم المشترى إن شاء أو بغرم الغاصب قبل المشترى ، إذا أغرمه المستحق رجع بثمنه على الغاصب ، والموهوب إذا أغرمه لم يرجع ، إذ لا عهدة له على الغاصب ، وهو يقول: لم ألبس على معاوضة ، فلا يرجع عليَّ إذا كان ثمَّ من يرجع عليه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك لو أعاره الغاصب هذه الثياب فلبسها لبسًا ينقصها ، فليرجع بنقصها على الغاصب إن كان مليًا ، وإن كان عديمًا رجع على المستعير ، ثم لا يرجع المستعير بما يغرم من النقص على المعير .

ومن « المجموعة » : قال أشهب وسحنون : إذا كان المعير غاصبًا ، فليس لربه تضمينه النقص ، وإنما له أن يضمنه الجميع ، ولا شيء له على المستعير .

وإذا كان الغاصب عديمًا ، بيع الثوب في القيمة ، واتبع المستعير بالأقل من تمام القيمة أو ما نقص لبسه الثوب ، إلا أن يكون قد كان للغاصب مال وقت لباس المستعير ثم زال المال ، فلا يضمن المستعير شيئا ، يريد : لاتباعة على الغاصب بالقيمة ، وإن شاء المستحق أخذ الثوب وما نقصه اللبس من المستعير فذلك في عدم المستعير ،ملائه ، لأن النقص لم يجب على الغاصب ، فيكون ليس له طلب المستعير حتى لا يجب شيئا على المعير .

فصل

قال ابن القاسم : وأما إن أكرى منه الثوب فلبسه لبسًا ينقصه ، فلربه أن يأخذ ثوبه من اللابس ويضمنه ما نقصه اللبس ، ثم للمكترى الرجوع على الغاصب بجميع الكراء ، ويصير كالمشترى .

ومن «كتاب العارية» و«كتاب محمد» : قال ابن القاسم : ولو كانت دابة فأكراها الغاصب فعطبت تحت المكترى ، فلا شيء على المكترى لرب الدابة ، ويتبع الغاصب بقيمتها إلا أن تكون ماتت من شيء فعله المكترى بها ، بخلاف ما أكله المشترى ولبسه حتى أبلاه ، هذا يغرمه المشترى لمستحقه ، ويرجع بالثمن على الغاصب .

قال ابن المواز : وهذه لمالك . وقد روى ابن القاسم عن مالك فيمن وجد عبدًا ولم يعلم أنه عبد ليبلغ له كتابًا إلى بلد ، فعطب : إنه ضامن في مثل ما يتلف المشترى بنفسه كما اشتراه ، أن لمستحقه أن يضمنه .

قال ابن المواز : وفرق ابن القاسم بين العبد والدابة التى أكراها فعطبت ، وما بينهما فرق .

وكذلك لو لم يركبها وبعثها مع غيره إلى بعض القرى .

قال ابن المواز : وهما سواء وفيهما الضمان .

م : والفرق بينهما أن العبد لا يمكن أنْ يضمن منافعه لسيده ، فلما لم يضمن له ذلك أشبه المستأجر له الموهوب في عدم الواهب الغاصب ، أنه يرجع عليه ، ومكترى

الدابة من الغاصب يجد ربها الغـاصب ، يرجع عليه ، فذلك لم يرجع على المكترى ولم يوجد الغاصب ، لأمكن أن يرجع على المكترى ، وتكون كمسألة العبد ، ويصير المكترى كمن ركب دابة إنسان بغير إذن ربها ، فهلكت تحته .

فإن قيل : المكترى كـالمشترى ، وهو يقول في المشترى فيمـا هلك بانتفاعه : إن للمستحق أن يرجع إن شاء عليه أو على الغاصب .

قيل : إنما ذلك فيما هلك بنفس فـعله ، كطعام أكله أو ثوب لبسه حتى أبلاه أو عبدا قتله ، ومكترى الدابة لم تهلك بنفس فعله ، وإنما هلك تحته بأمر من الله ، ولو حمَّلها ما تعطب في مثله ، فعطبت بـذلك ، أو تعمد قتلها لوجب أن يرجع عليه إن شاء ، أو على الغاصب ، وهو في هذا كالمشترى إن ركب الدابة فهلكت بأمر من الله تعالى ، لم يضمن.

وإن هلكت بسبب فعله ضمن ، فهذه أمور مفترقة ، ومالك أعلم بها من غيره ، والله أعلم ، وبالله التوفيق.

قيل : لابن المواز : فقد قال مالك في المشترى يهدم الدار : إنه لا يضمن .

قال : وقد قال مالك في قطعه الثوب : إنه ضامن .

قال ابن المواز : صواب كله ، والفـرق أن الدار يقدر على إعادتهـا ، ولا يقدر على إعادة الثوب .

وكذلك كـسر الحلى كـهدم الدار ، ليس بمتلف ، وقـاطع الثوب كـراعى الشاة وكاسر العصى .

وكذلك بعثه للغلام إذا هلك [ق / ٦١ / ٨ب] فـيه ، فهو تلف له ، وكذلك راكب الدابة والباعث بها فهلكت في ذلك .

م : وهذه مسائل أتبع فيها النص إذا لم أجـد خلافها ، ولو قال قائل : إن هدم الدار وذبح الشاة وكـسر الحلى وركوب الدابة وبعث العـبد سواء ، لم أعبـه ولو كان قيـاسًا ، لأن هذا مال قـد تبين أنه لغيره ، والخـطأ والعمد في أمـوال الناس سواء ، وهدم الدار أشـد من ذبح الشاة ، إذ لا يعـيد الدار إلى مثـل ما كانت عليـه إلا بمثل قيمتـها صحيحة أو أكثر ، وقـد اشترى بثمن الشاة مذبوحة مـثلها حية ، فلم يدخل

عليه كثير ضرر ، وأما قوله هذه يعود إلى ما كانت عليه ، وهذه لا تعود ، فضعيف .

فيمن ادعى قبل رجل غصبا وثيقة
التداعى في الغصب

قال ابن القاسم : ومن أدعى على رجل غصبًا وهو ممن لا يتهم بذلك ، عوقب المدعى . وإن كان ممن يتهم بذلك ، نظر في ذلك الإمام ، فأحلفه ، فإن نكل لم يقض عليه حتى يرد اليمين على المدعى ، كسائر الحقوق .

وقد **قال مالك** في امرأة ادعت أن فلانًا استكرهها وتعلقت به : فإن كان ممن لا يشار إليه بذلك ، حدّ ، ولم تحد عند غيره ، ولم تحد هى إن جاءت بولد بعد هذا لما بلغت من فضيحة نفسها .

قال ابن القاسم : وإن كان ممن يشار إليه بذلك ، نظر فيه الإمام ، ولم يكن عليها حد في رميه ، وعوقب لها بقدر حاله وتهمته ، واختلف هل لها صداق أم لا وهل إن وجب لها الصداق ، هل تأخذه بيمين أو بغير يمين ؟ والأشبه أن يكون عليها اليمين على قول من رأى لها الصداق وقد قيل في الذى [] حين حملها ، فدخل بها داراً : إنها تحلف وتأخذ الصداق ، فإذا حلفت بعد ما ظهر من [] فالتى لم يظهر إلا قولها ، وتعلقها به أحرى أن تكون بيمين .

م : وقيل : الناس في مسألة الغصب على ثلاثة أوجه ، فإن كان المدعى عليه الغصب ممن يليق به ذلك ، هدد وسجن ، فإن لم يخرج شيئًا حلف .

وفائدة تهديده : لعله يخرج عين ما غصب إذا كان يعرف بعينه ، وأما ما لا يعرف بعينه ، فلا فائدة في تهديده ، إذ لو أخرج بالتهديد ما لا يعرف بعينه ، لم يؤخذ منه حتى يقر آمنًا .

وأما إن كان من أوساط الناس لا يليق له سرقة ، لم يلزمه يمين ، ولا يلزم رامية بذلك شيء إذا ادعى أنه أخذه له .

وإن كان من أهل الخير والدين ، لزم القائل له ذلك الأدب .

وأشهب يقول : لا أدب على المدعى بحال ، ولا يمين على المدعى عليه بحال إذا لم تتحقق عليه الدعوى ، ومن بيده سلعة وديعة أو عارية أو بإجارة ،وربها غائب فادعاها رجل وأقام البينة ، أنها له ، فليقض له بها بعد الاستئناء ، واليمين أنه ما باع ولا وهب ، لأن الغائب يقضى عليه ، إلا أن يكون ربها بموضع قريب ، فيتلوم له القاضى ، أو يأمر بأن يكتب إليه فيقدم .

قال ابن القاسم : وإذا قال الغاصب : غصبت خَلِقًا ، وقال ربه : بل جديدًا ، صدق الغاصب مع يمينه ، فإن حلف أدى قيمته خَلِقًا ، ثم إنه قامت بينة تشهد أنه غصبه جديدًا، فإن كان ربه عالمًا بالبينة ، فلا شيء له .

وإن لم يكن عالمًا ، رجع بتمام القيمة ، وهذا في كل الحقوق ، وحلف عند السلطان أو عند غيره .

وقال أشهب في « المجموعة » : البينة العادلة أولى من اليمين الكاذبة ، وقاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

فإن شاء تماسك رب الثوب بثوبه ، وإن شاء أخذه بقيمته يوم الغصب، ورد عليه الثوب إن لم تفت .

وإن باعه ربه بعد أن أخذه خَلِقًا ، قاصه في القيمة بالثمن .

وإن وهبه ، فلا شيء عليه ، لأن الغاصب أباحه ذلك ظلمًا ، وليتبع الغاصب الذى صار الثوب بيده ، فيأخذه منه أو قيمته يوم لبسه إن كان أبلاه ، وإن تلف عنده فلا شيء عليه ، لأنه لم يكن ضامنًا .

فيمن غصب شيئًا
فأحدث فيه صنعة

قال ابن القاسم : ومن غصب ثوبًا فصبغه ، خير صاحبه في أن يأخذ من الغاصب قيمته يوم غصبه ، أو يعطيه قيمة صبغه ، ويأخذ ثوبه ، ولا يكونان شريكان في الغصب .

وقال أشهب في غير « المدونة » : له أخذ الثوب ، ولا شيء عليه في صبغه ،

كمن بنى ما لا قيمة له بعد القلع .

وفي «كتاب محمد» : ومن غصب غزلاً فنسجه ، فعليه قيمة الغزل ، كمن غصب خشبة فعملها توابيت ، وفي هذا كله اختلاف .

قال بعض الفقهاء : وسببه أن يكون كالثوب يخاط ، لأنه إنما أخذت فيه تأليفًا لا قيمة له إذا أزيل .

قال ابن القاسم في « تضمين الصناع » : وإن قطعه الغاصب وخاطه ، فلربه أخذه ، ولا غرم عليه في الخياطة ، أو يضمنه قيمته يوم الغصب ، وهناك الفرق بين الخياطة والصبغ .

ومن الغصب : قال ابن القاسم : ومن غصب حنطة فطحنها دقيقًا فأحب ما فيه إليَّ أن يضمن مثل الحنطة .

قال أبو محمد : وقال أشهب : وإن شاء أخذ الدقيق ، ولا شيء في طحنه .

قال ابن القاسم في «كتاب السرقة» : ولو طحنها سويقًا ولتَّه ، ثم قطع ولا مال غيره ، فأبى رب الحنطة أخذ السويق ، فليبع ويشترى له من ثمنه مثل حنطته .

م : ويجوز [ق / ٦٢ / ٨ب] له أخذ السويق ملتوتًا في الحنطة إذا رضيا بجواز بيع الحنطة بالسويق متفاضلاً .

ولو غصبه سويقًا فلته ، فإنما عليه مثله ، ولا يجوز أن يتراضيا أن يأخذه ويعطيه ما لتَّه به ، لأنه التفاضل بين الطعامين . وكذلك لو ضرب الفضة دراهم أو صاغها ، لم يجز له أخذها ويعطيه أجرته للتفاضل بينهما .

قال ابن القاسم وأشهب في « المجموعة » : إذا طحن الحنطة سويقًا ولتَّه ، فليس لربها أخذه .

فإن لم يكن للسارق مال ، بيع السويق عليه واشترى منه مثل حنطته هذا ، فإن كان فيه فضل فللسارق ، فإن كان نقص اتبع به .

قال أشهب : وليس كالثوب يصبغ أو يقطع ، والعمود يدخل في البنيان ، لأن اسم ذلك قائم بعد ، والسويق ليس بالقمح ، قد صار سويقًا ، فعليه مثل الحنطة .

ومن « المدونة » : ومن غصب لرجل سوارين من ذهب ، فاستهلكهما فعليه

قيمتهما مصوغين من الدراهم ، وله أن يؤخره بتلك القيمة .

وكذلك من غصب لرجل ثوبًا ، فحكم عليه بقيمته ، فلا بأس أن يؤخره بها .

وأما من كسر لرجل سوارين، فإنما عليه قيمة الصياغة، لأنه إنما أفسد له صنعه.

قال ابن المواز : بخلاف العروض في الفساد الكثير ، لأنه لم يفسد له عين الذهب ، إنما أفسد له صنعة وهو لم يقبضها ، فيضمن بالغصب قيمتها ، والذي رجع إليه ابن القاسم في كتاب الرهن أنه إذا كسرهما ، لزمته قيمتهما وكانا له .

ابن المواز : وقال أشهب : عليه أن يصوغهما له ، وهو أحب إليَّ من قيمتها أو مما نقصهما ، وقاله مالك فيهما وفي الجدار يهدمه .

فإن لم يقدر أن يصوغهما ، فعليه ما نقصا ما بين قيمتها مصوغين ومهشومين ، ولا أبالى قوِّما بذهب أو فضة .

وفي «كتاب محمد» : فيمن اغتصب حليًا فكسره ، ثم أعاده إلى هيئته : إن عليه قيمته ، وهذا هو الصواب على مذهب من لا يرى أن يقضى بمثل هذا في الصياغة ، لأن هذه الصياغة غير تلك ، فكأنه أفات السوار ، فعليه قيمته يوم أفاته ، وعلى مذهب أشهب : يأخذهما ، لأنه يقول : من استهلك لرجل سوارًا ، فعليه أن يصوغه له ، وكذلك الحائط يهدمه ، فلزمه أن يبنيه له .

ومن « المدونة » : قال : ومن غصب خشبة أو حجرًا ، فبنى عليها ، فلربها أخذها وهدم البناء .

وكذلك إن غصب ثوبًا وجعله ظهارة لجبة ، فلربه أخذه ، أو يضمنه قيمته .

قال أبو محمد : وليأخذ عين شيئه ، وتفتق له الجبة ، ويهدم له الحائط ، والهدم والفتق على الغاصب .

م : وظاهر هذا أن له أن يضمنه قيمة الخشبة ، وكأن الغاصب لما أفاتها رضى منه بالتزام قيمتها .

وقد قيل : ليس للمغصوب منه أخذها إذا كان في ذلك خراب بنيان هذا لا ما يدخل على الغاصب في خراب بنيانه أعظم مما يدخل عليه فيها إذا عملها تابوتًا ، فإذا كان ليس له أخذها في ذلك ، فأحرى أن ليس له أخذها بهدم بنيان الغاصب .

ومن «**كتاب الحاوى**» : قال مالك فيمن ابتاع خشبة فبنى عليها : فليس لربها قلعها للضرورة ، أو ليس الثانى لغاصب .

ومن « **المدونة** » : ولو عمل الغاصب من الخشبة بابًا ، أو غصب ترابًا فعمل منه ملاطًا، أو غصب حنطة فزرعها وحصد منها حبًا كثيرًا ، أو غصب سويقًا فلتّه بسمن، أو غصب فضة فصاغها حليًا أو ضربها دراهم أو غصب حديدًا أو نحاسًا أو رصاصًا فعمل منه قدورًا أو سويقًا أو أتلفه ، فعليه في ذلك كله مثل ما غصب في صفته ووزنه وكيلة ، أو القيمة فيما لا يكال ولا يوزن ، وكذلك في السرقة ، لأن من ابتاع ما يكال أو يوزن أو ابتاع جزافًا فأتلفه ، فليس ذلك فوتًا ، وعليه مثل صفته ووزنه وكيله ،وكذلك الغصب .

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون في الفضة يصوغها حليًا ، والثوب يصبغه أو يقطعه ويخيطه ، والقمح يطحنه سويقًا : إن لربه ذلك كله أخذه إن شاء أو يضمنه المثل فيما يقضى بمثله ، والقيمة فيما يقوم ، ولا حجة له في الصنعة ، وقد قال النبى عليه السلام : « **وليس لعرق ظالم حق** » (١) .

وقال سحنون : كل ما يغير بالصنعة حتى صار له اسم غير اسمه ، فليس لربه أخذه، وهو فوت .

وفي «كتاب السرقة» كثير من هذا .

فصل

ومن «**كتاب الغصب**» : ومن غصب وديًا صغارًا من نخل أو شجر ، فقلعها وغرسها في أرضه ، فصارت بواسق ، فلربها أخذها كصغير من الحيوان يكبر .

قال سحنون في «كتاب ابنه» : هذا إذا كانت إذا قلعت نبتت في أرض أخرى .

قال ابن حبيب عن أصبغ : لربه أخذه وإن كان قد طال زمان ذلك وكبر ، كان مما ينبت أو لا ، إلا أن يشاء ربه أن يدعه ويأخذ من الغاصب قيمته ثابتاً يوم قلعت فذلك له .

قال أصبغ : وإن كان إنما أخذ الغرس دالة على صاحبه فغرسه في أرضه ، فإن

---

(١) تقدم .

قام ربه بحدثان ما غرسه ، فله قلعه ، وإن كان قد ثبت وعلق ، فلا .

قال : وإن كان قد طال زمانه ، فليس له [ق /٦٣ / ٨ب] أخذه ، وأرى دالته عليه شبهة إذا كان من أهل الدالة عليه ، ويكون له عليه قيمته قائمًا يوم قلعه ، ولو غصب غرسًا فباعه وغرسه المبتاع وهو لا يعلم ، فاستحق بعد أن نبت وعلق .

قال : يخير ربه في ثلاثه أوجه : إما أخذ من الغاصب الثمن أو القيمة يوم الغصب قيمته قائمًا ، فإن شاء قلعه وأخذه ما لم يطل زمانه وتتبين زيادته ونماؤه ، فليس له قلعه ، ويأخذ من المشترى إن شاء قيمته يوم غرسه في أرضه ، ويرجع المشترى بالثمن على الغاصب .

م : لما يدخل على المشترى من الضرر في قلعه وذهاب خدمته وسعيه وعلاجه ، فأشبه ما يدخل عليه من الضرر في إيلاد الأمة على قوله : يأخذ قيمتها ، لما يدخل عليه من الضرر ، وكذلك هذا .

قال أصبغ : وإن امتلخ من شجرة رجل ملخًا متعديًا ، فغرسه في أرضه فنبت ، فله قلعه بحدثانه ولا يقلعه بعد طول الزمان ، وله عليه قيمته عودًا يوم ملخه ، إلا أن يضر ذلك بالشجرة ، فيكون عليه مع ذلك قيمة ما نقص من الشجرة ، فلمن كان له أن يغرمه مع ذلك قيمة ملخه ، ولم يكن كمن قطع أصبع عبد رجل ، فإنما عليه ما نقصه لا غير ذلك ، وإن كان ذلك لا ينقص من شرة ، فإنما كان عليه قيمة عودًا مملوخًا ولم تكن عليه قيمته قائما في شجرة ، كما إذا قلع له غرسًا فغرسه في أرضه، فلا ينقص ذلك من ثمن حائط المغصوب به ، فقد قال: له أن يغرمه قيمته قائمًا ، فما الفرق ؟

قال : ولو امتلخه مدلاً ، فلا يقلعه ، قام بحدثان غرسه أو بعد طول الزمان وليتحلله منه ، فإن حلله وإلا غرم له قيمة عودًا مملوخًا .

ولسحنون فيمن باع سلعة تعرف برجل ، وزعم أنه وكيله على البيع، وغاب ولا يعرف ذلك إلا بقوله ، فاشترى منه من يعلم أن الدار للغائب ، فقدم فأنكر ، فإن كان الوكيل يقوم في الدار وينظر فيها ويعمل حتى تثبت له شبهة الوكالة فالغلة للمشترى إن لم تكن له شبهة ، فالمشترى منه كالغاصب ، والغلة للمستحق ، وكذلك الأم تبيع حق الصبيان وهى غير وصية ، ثم تبلغ الأطفال فإن كانت الأم

تحوط وتقوم وتنظر فيه ، فباعت وهى كذلك فالغلة للمبتاع .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن غصب مسلم خمرًا من مسلم فخللها ، فلربها أخذها ، لأن مالكًا قال : إذا ملك المسلم خمرًا ، فليهرقها ، فإن اجترأ وخللها فيأكلها .

قال أبو محمد : وإنما كان لربها أخذها ، لأنها قد حلت وليس للغاصب فيها صنعة يحتج بها .

قال أشهب : ولو كانت لذمى ، كان مخيرًا في أخذها خلاً ، أو قيمتها خمرًا بيع الغصب .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن غصب لذمى خمرًا فأتلفها عليه ، فعليه قيمتها يقوِّمها من يعرف القيمة من المسلمين .

قال سحنون : يقوِّمها من كان حديث عهد بالإسلام .

قال ابن المواز : لا تخفي قيمتها على المسلمين .

وقال ابن الماجشون : لا شيء عليه ، لأنه لا قيمة للخمر ولا للميتة .

م : قال عبد الوهاب : وهو قول الشافعى ، فوجه قول ابن القاسم أنه أتلف عليه ظلمًا ما يعتقد ملكه ، ويقر عليه ، فلزمته قيمتها أصله إذا أتلف عليه ثوبًا .

ووجه قول عبد الملك فلأنه لا قيمة للخمر ، فلم يلزمه سوى الأدب ، كما لو عدى على مرتد فقتله ، لم تلزمه ديته وأدب لافتئاته على الإمام .

فيمن غصب شعيرًا
أو قمحًا فخلطه بغيره

قال ابن القاسم : ومن غصب لرجل قمحًا ولآخر شعيرًا ، فخلطهما ، فعليه لكل واحد مثل طعامه .

قال في «كتاب محمد» : فإن لم يكن عنده شيء بيع المختلط ، فاشترى من ثمنه لكل واحد مثل طعامه .

فإن لم يبلغ ، قسم الثمن على قدر قيمة القمح وقيمة الشعير ، ثم يشترى لكل واحد بما وقع له مثل طعامه ، وما بقى أتبع به دينًا .

وإن رضيا بقسمة الثمن على هذا ، جاز .

وإن اختلفا فمن شاء أخذ حصته من الثمن أخذها ، ويشترى الآخر بما وقع له منه مثل جنس طعامه .

قال ابن المواز : ومن رضى بالثمن فليس له أن يتبعه بما بقى ، ولا يجوز أن يصطلحا على قسمة ذلك المخلط بينهما على قيمة الطعامين .

وأما على قدر كيل طعام كل واحد ، فجائز إذا رضيا جميعًا ، ونحوه قال أشهب في « المجموعة » .

قال : لا يقتسما ذلك إلا بالسواء إذا كانت مكيلتهما واحدة ، ولا يجوز أن يقتسماه على القيم ، لأنه يدخله التفاضل في الطعامين .

وقال ابن القاسم : تجوز قسمته على قدر قيمة القمح من قيمة الشعير ، وهو مذهبه في « المدونة » .

وقال ابن سحنون : ليس لهما أن يتركا الغاصب ، ويأخذ [ق / ٦٤ / ٨ب] الطعام فيقسماه لا على تساوى ولا على قيمة ، لأن أحدهما لو اتبع الغاصب بمثل طعامه لم يكن للآخر أن يقول له أنا آخذ من هذا الطعام مثل مكيلتى ، لأنه ليس بعين طعامه ، ولا لهما أخذ المختلط ، كمن غصب خشبة وأغصب نجاراً عملها بابًا، لم يكن لهما أخذ الباب ليشتركا فيه ، هذا بقيمة خشبته وهذا بقيمة عمله ، لأن ذلك تغير ، وإنما تلزمه القيمة .

قال ابن المواز : ولو قال أحدهما : أنا آخذ الطعام كله وأغرم لصاحبى مثل طعامه لم يجز ، وكأنه أخذ بما وجب له على الغاصب من القمح قمحًا وشعيراً مختلطًا .

وقال أشهب في « المجموعة » : ليس ذلك له في القضاء ، وأما على التراضى فذلك جائز .

قال يحيى بن عمر : إذا أعطاه ذلك على التراضى قبل التفرق ، وإلا لم يجز .

قال سحنون في كتاب آخر ، وهو في « المدونة » : ولو اختلط من غير عداد من أحد، فإنا نرى أن القمح لم يعب الشعير ، والشعير قد أعاب القمح ، فيباعان

ويكونان شريكان في ثمنه ، هذا بقيمة قمحه معيبًا ، وهذا بقيمة شعيره غير معيب .

وقال أشهب في كتابه : ولو أودعه هذا جوزًا ، وهذا قمحًا ، فخلطهما ثم تلفا جميعًا ، فلا يضمن شيئا ، لأنه يقدر على تخليص ذلك بلا مضرة على القمح ولا على الجوز ، إلا أن يكون أحدهما يفسد الآخر ، فيضمن الذى فسد .

وإن كان كل واحد مفسد لصاحبه ، فهو ضامن لهما .

ومن هذا المعنى في كتاب الوديعة .

فيمن غصب ما لا يحل بيعه ، وبيع جلود الميتة والصلاة فيها والاستسقاء بها ، وبيع الكلاب

قد تقدم أن من غصب لذمى خمرًا أن عليه قيمتها ، وإذا تظالم أهل الذمة في غصب الخمر وإفسادها ، قضينا بينهم فيها ، إذ هى من أموالهم .

م : وإذ علينا أن نحميهم ممن أراد إذائهم .

قال : ولا أقضى بينهم في تظالمهم في الربا ، وترك الحكم بينهم في الربا أحب إليَّ لقوله تعالى : ﴿ **فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ** ﴾ (١) .

م : ونقلها أبو محمد ، وترك الحكم بينهم في كل شيء أحب إليَّ ، يريد : وإذا تراضوا أن يحكم بينهم في الربا فحكمنا بينهم بردهما إلى رأس المال وفسخ الأمر الأول ، جاز أن يحكم بينهما فيه .

قال ابن القاسم : ومن غصب جلد ميتة غير مدبوغ ، فعليه إن أتلفه قيمته ما بلغت ، كما لا يباع كلب ماشية أو زرع أو ضرع ، وعلى قاتله قيمته ما بلغت .

قال أشهب في « المجموعة » : وكزرع لم يبد صلاحه يستهلك ، وكبير الماشية التى لا يجوز بيعها يغتصبها رجل ، فيسقى بها زرعه ، فعليه قيمة ما سقى منها .

قال مالك في « العتبية » في مستهلك الزرع : يغرم قيمته على ما يرجى من تمامه، ويخاف من هلاكه أن لو كان يحل بيعه .

فإن قال قائل : فكيف يغرم ما لا يحل بيعه ؟

---

(١) تقدم .

قيل : فإن رسول الله ﷺ قد قضى في الجنين بغرة عبد أو وليده ، والجنين لا يحل بيعه ، فهذا مثله .

وقال أبو الفرج البغدادى : إن مالكًا قال فيمن استهلك لرجل جلد ميتة غير مدبوغ : إنه لا شىء عليه .

قال القاضى إسماعيل : إلا أن يكون لمجوسى .

ومن « المدونة » : ولم يؤقت مالك في أثمان الكلاب ، إن في كلب الماشية شاة وفي كلب الزرع فرقًا من طعام ، وفي كلب الصيد أربعون درهمًا ، وإنما على قاتله قيمته ، وكره مالك بيع جلود الميتة والصلاة عليها أو فيها ، دبغت أم لا ، ولكن إذا دبغت جاز الجلوس عليها وتفرش وتمتهن للمنافع ولا تلبس .

قيل لمالك : أيسقى بها ؟

قال : أما أنا فأتقيها في خاصة نفسى ، ولا أحب أن أضيق على الناس ، وغيرها أعجب إليَّ منها ، وإذا ذكيت جلود السباع جاز أن تلبس وتباع ويصلى عليها، دبغت أم لا .

جامع مسائل مختلفة من الغصب وغيره ، وإقرار الغاصب

قال ابن القاسم : وليس كل غاصب محارب ، لأن السلطان يغصب ولا يعد محاربًا، والمحارب القاطع للطريق ، أو من دخل على رجل في بيته فكابره على ماله أو كابره عليه في الطريق بعصى أو سيف أو غير ذلك ، ومن غصب شيئا ، ثم أودعه فهدم عند المودع ، فليس لربه تضمين المودع ، إلا أن يتعدى .

ابن القاسم : قلت لمالك :يا أبا عبد الله إنا نكون في ثغورنا بالإسكندرية فيقال لنا : إن الإمام يقول : لا تحرسوا إلا بإذنى .

قال : ويقول أيضًا : لا تصلوا إلا بإذنى ، فلا يلتفت إلى قوله ، وليحرس الناس ، وإذا دفن رجل وامرأة في قبر واحد ، جعل الرجل مما يلى القبلة .

قيل : فهذا يجعل بينهما حاجز من الصعيد ، أو يدفنان في قبر واحد من غير ضرورة.

قال : ما سمعت من مالك فيه شيئًا ، وعصبة المرأة أولى بالصلاة عليها

من زوجها ، وزوجها أحق منهم بإدخالها في قبرها ذوو محارمها ، فإن اضطر إلى [ق / ٦٥/ ٨ب] الأجانب ، جاز .

قال ابن القاسم : ومن أقر أنه غصبك هذا الخاتم ، ثم قال : وفصه لى ، أو أقر لك بجبة ثم قال : وبطانتها لى ، أو أقر لك بدار ثم قال : وبنيانها لى ، لم يصدق إلا أن يكون كلامًا نسقًا .

فيمن غصب أرضًا أو اشتراها أو أحياها فبنى أو غرس ، ثم استحقت

قال الرسول عليه السلام : «**من أحيى أرضًا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق**» [١] ، والغاصب هو العرق الظالم .

قال مالك فيمن غصب أرضًا فغرس فيها غرسًا أو بنى ثم استحقها ربها : قيل للغاصب : اقلع الأصول والبناد ، إن كان لك فيه منفعة ، إلا أن يشاء رب الأرض أن يعطيه قيمة ذلك مقلوعًا .

ابن المواز : بعد طرح أحد القلع فذلك له .

م : وقال أبو حنيفة : ليس لصاحبها إلا القيمة ، ودليلنا قوله عليه السلام : «**على اليد رد ما أخذت** » ، وقوله : « **ليس لعرق ظالم حق** » [٢] ، ولأنها عين اغتصبها، فوجب عليه ردها أصله لو لم بين فيها .

ومن « المدونة » : وكل ما لا منفعة فيه للغاصب بعد القلع كالجص والنقش ، فلا شىء له فيه .

وكذلك ما حفر من بئرًا أو مطمر فلا شىء له في ذلك .

قال سحنون في «كتاب ابنه» : ولرب الأرض أن يكلفه ردم ما حفر إن شاء ، وأما ما ردم من حفرة بتراب له ، فله أخذه لأن من غصب ترابًا فلربه أخذه ، لأنه عين قائمة .

ومن «كتاب ابن المواز» : ومن غصب دارًا فهدمها ثم استحقها رجل ، فإن شاء أخذ منه قيمتها يوم الغصب ، وإن شاء أخذ العرصة والنقض على أن لا يتبع

(١، ٢) تقدم .

الغاصب بشيء .

ولو هدمها ثم بناها بنقضها بعينه فأعادها كما كانت ، فللغاصب قيمة هذا النقض المبنية منقوضًا اليوم ، وعليه قيمته منقوضًا يوم هدمها ، فيتقاصان ، هذا مذهب مالك وأشهب ، وهذا أحب إليَّ .

وقال ابن القاسم : يحسب على الهادم قيمة ما هدم قائمًا ، ويحسب له قيمة ما بنى منقوضًا .

قال : ومن تعدى على أرض رجل فزرعها ، فقام ربها وقد نبت الزرع ، فإن قام في إبان يدرك فيه الحرث ، فله قلعه ، يريد : يلي قلعه المتعدى .

وإن فات الإبان ، فله كراء أرضه .

أشهب : وكذلك غاصب الأرض .

قال ابن القاسم وأشهب : وإن كان الزرع صغيرًا ، إذا قلع لا منفعة فيه للغاصب، قضى به لرب الأرض بلا ثمن ولا زرعه ولا شيء .

قال ابن المواز : ولو كان صغيرًا جدًا في الإبان فأراد رب الأرض تركه ويأخذ الكراء ، لم يجز ذلك ، لأنه يحكم به لرب الأرض ، فكأنه بيع زرع لم يبد صلاحه مع كراء الأرض .

قال ابن القاسم في « المجموعة » : وإذا كان في الإبان ، وهو إذا قلع انتفع به ، فلرب الأرض أن يأخذ منه الكراء أو يأمره بقلعه ، إلا أن يتراضا على أمر يجوز ، وإن رضى الزارع أن يتركه لرب الأرض جاز إذا رضى رب الأرض .

وإذا لم يكن في قلعه نفع ، ترك لرب الأرض إلا أن يأباه ، فيأمر بقلعه .

قال عبد الوهاب : وإنما كان له قلعه لقوله عليه السلام : « **ليس لعرق ظالم حق**» (١) ، وهذا عرق ظالم ، لأن منافعها غير مملوكة ، ولا شبهة له فيها ، فليس له إشغالها على ربها .

قال : وإن قام عليه وقد فات إبان الزراعة ، ولا ينتفع المالك بأرضه إن قلع الزرع ، فقيل : له قلعه . وقيل : ليس له قلعه وإنما له كراء أرضه. فوجه الأولى قوله عليه السلام : «**ليس لعرق ظالم حق** » (٢) فعم ، واختباره إذا كان وقت الزرع لم يفت .

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

ووجه الثانية : فلأنه لم يشفع بأرضه ويضر بالزرع ، فكأنه قصد مجرد الإضرار بالغاصب على وجه لا ينتفع به ، فلا يترك ، وذلك والأول أصح .

ومن « المجموعة » : وقال عبد الملك عن مالك والمغيرة وابن دينار : إن الزرع إذا أسبل ، فلا يقلع ، لأن قلعه من الفساد العام للناس ، كما يمنع من ذبح الفتى من الإبل مما فيه الحمولة ، وذبح ذوات الدر من الغنم .

وفي موضع آخر : وما فيه الحرث من الفتى من البقر ، لما في ذلك من مصلحة العامة.

قال غيره من أصحابنا : وكما نهى عن تلقى الركبان واحتكار الطعام المصلحة العامة ، فيمنع الخاص من بعض منافعه لما فيه من الضرر بالعامة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن اشترى أرضًا فحفر فيها مطامير أو آبار أو بنى فيها ، ثم استحقها رجل ، قيل له افع للمبتاع قيمة العمارة والبناء وخذ أرضك بما فيها، فإن أبى قيل للمبتاع : اغرم له قيمة أرضه وخذها واتبع من اشتريت منه بالثمن ، فإن أبى كانا شريكين فيها ، هذا بقيمة عرصته براحًا ، والمبتاع بقيمة ما أحدث قائمًا .

م : قال أبو محمد في «كتابه» : يريد إذا كان المبتاع قد طوى ما حفر بالآخر ، فأما إن لم يكن غير الحفر ، فلا شيء له .

م : وذا الذى ذكر إنما يكون في الغاصب .

وأما المبتاع إذا حفر بئرًا ، فلا يأخذه المستحق حتى يدفع إليه قيمة ما حفر وإن لم يطوه بالأجر ، لأنه غير متعدٍ .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أحيى أرضًا وهو يظنها مواتًا ليست لأحد ، ثم استحقها رجل ، قيل له : ادفع قيمة العمارة وخذها ، فإن أبى قيل للعامر : أعطه قيمة الأرض فإن أبى كانا شريكين في الأرض والعمارة ، هذا بقيمة أرضه [ق/ ٦٦ / ٨ب] وهذا بقيمة عمارته ، وأخذ مالك بقضاء عمر بن الخطاب فيها .

وقد اختلف في هذه المسألة .

قال ابن القاسم : وهذا أحسن ما سمعت فيها .

وروى مطرف أن الصديق أقطع رجلاً أرضًا فأحيى فيها وغرس ، ثم جاء آخرون بعطية من النبى ﷺ ، فاختصموا إلي عمر ﷺ ، فقضى للأول أن يعطيه قيمة ما أحيي ويخرجه ، فقال : لا أجد ، فقال للآخر : اعطه قيمة أرضه بيضاء ، فلم يجد، فقضى أن تكون بينهما هذا بقيمة الأرض ، وهذا بقيمة العمارة .

قال ابن حبيب : وروى ابن الماجشون عن مالك أن رب الأرض إذا أبى أن يدفع قيمة العمارة ، لم يجبر العامر أن يعطى رب الأرض قيمة أرضه ، ولكن يشرك بينهما مكانه ، هذا بقيمة أرضه براحًا ، وهذا بقيمة عمارته قائمة .

قال ابن الماجشون : وتفسير اشتراكهما أن تقوَّم الأرض اليوم براحًا ، ثم تقوَّم بعمارتها، فما زادت بالعمارة على قيمتها براحًا كان العامل شريكًا به لرب الأرض فيها إن أحب قسمًا أو حبسًا .

م : وكان بعض شيوخنا يذهب إلى أن تفسير ابن الماجشون هذا وفاق لقول مالك .

م : وظاهر الكتاب يدل على خلافه ، وأنه إنما يقوم العمارة على حدة ، فيقال: كم قيمة هذه العمارة ؟ فإن قيل : مائة دينار ، قيل : وكم قيمة الأرض براحًا ؟ فإن قيل أيضا: مائة ، قسمت بينهما نصفين .

م : وهل الصواب أن يقوَّم لكل واحد شيئه على حدة ، وأما بما زادت العمارة فقد لا تزيد العمارة في مثل هذه الأرض شيئا وأن كونها براحًا أثمن لأعمال البقول ونحوه .

فإذا ما قومت على ما قال ابن الماجشون ، ربما ذهب عمل العامل باطلاً ، وهو غير متعدٍ ، والله أعلم .

قال أبو بكر ابن الجهم : وإذا دفع رب الأرض قيمة العمارة وأخذ أرضه ، كان له كراء ماضى السنين .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن حفر المبتاع في الأرض بئرًا أو عمَّرها بأصل جعله فيها ، ثم استحق رجل نصف الأرض فأراد الأخذ بالشفعة ، قيل له : ادفع إلى المبتاع قيمة نصف ما عمَّر وخذ نصف الأرض باستحقاقك ، ولا منفعة لك

في النصف الآخر حتى تدفع إلى المبتاع نصف قيمة ما عمَّر ، فإن أبى من دفع ذلك فيما استحق واستشفع ، قيل للمبتاع : ادفع إليه نصف قيمة أرضه وارجع على البائع بنصف الثمن .

فإن كانا شريكين في ذلك النصف المستحق ، هذا بقدر قيمة أرضه براحًا ، وهذا بقدر قيمة عمارته قائمة ، ويكون للمبتاع النصف ونصف ما أحدث فيه .

قال ابن القاسم : وهذا أحسن ما سمعت فيها .

وفي «كتاب محمد» : إذا استحق نصف الأرض وقد بناها المبتاع ، فأبى المبتاع من دفع نصف قيمة الأرض ، وأبى الآخر من دفع نصف قيمة البناء ، وقيمة نصف الأرض مثل قيمة نصف البناء ، فليشترك بينهما ، فيكون للمستحق ربع الدار ، لأنه باع نصف ما استحق وهو الربع بربع البناء ، فإن أراد أن يأخذ بالشفعة النصف الآخر ، فله ذلك على مذهب من قال : إن له الشفعة وإن باع نصيبه .

وعلى قول من قال : إن بيعه للنصف الذى به يستشفع ، فوجب سقوط شفعته، يقول : قد سقط من شفعته قدر النصف ، وكان له نصف النصف بأخذه بالشفعة ، فتصير الدار بينهما نصفين على هذا ، وهذا القول ذكره في كتاب محمد .

ومن « العتبية » : قال يحيى : وسألت ابن القاسم عمن اشترى أرضًا ، فبنى فيها وغرس ، ثم استحقها رجل ، فقيل للمستحق : اغرم قيمة عمله وغرسه ، فقال : ما عندى شيء ، فليسكن وينتفع بعمله حتى يفتح الله ما أدى ويعطيه حقه ، فكره صاحب الغرس تأخير ذلك .

وقال : أما إذا قضى عليَّ بالخروج ، فلست أقيم فيها ، لا حق لى فيه ، وقد تنقص قيمة عملي بتأخير ما وجب ، فلا يلزمه التأخير ، وليغرم المستحق ما وجب عليه من القيمة معجلاً ، فإن أبى أو كان عديمًا ، قيل للعامل : ادفع إليه قيمة أرضه براحًا ، فإن أبى أو كان عديمًا أشرك بينهما على قدر قيمة الأرض وقدر قيمة العمارة .

قال : ولو رضى العامر أن يؤجر المستحق له أن يتركه ينتفع بعمارته ما حل ذلك

بينهما ، لأن حقه قد وجب معجلاً ، فتأخيره بالقيمة على أن ينتفع بالأرض سلف جر منفعة .

تم الكتاب بحمد الله وعونه ، وبقيت منه مسائل من غير « المدونة » ، وأنا أذكرها إن شاء الله تعالى .

فيمن بنى في أرض رجل فلم ينكر ، أو بنى في أرض زوجته ، أو أرض له فيها شرك

ومن « **العتبية** » : قال ابن القاسم عن مالك فيمن بنى في أرض رجل أو غرس وهو حاضر يراه ، فلما فرغ قام عليه : إن للعامل قيمة ما أنفق .

قال ابن القاسم : وذلك في فيافي الأرض وحيث لا يظن أن تلك الأرض لأحد، فإذا بنى في مثل ذلك وصاحبه ينظر ثم طلب إخراجه ، فلا يخرجه حتى يعطيه قيمة ما أنفق مبنيًا .

ولو بنى أيضًا في مثل ذلك المكان الذي يجوز إحياء مثله ولم يعلم صاحبه ، لم يكن له أن يخرجه إلا أن يغرم القيمة مبنية .

وأما من دخل بمعرفة متعديًا ، فله أن يهدم بناءه ويقلع غرسه إلا أن يريد أن يدفع له قيمة ذلك مقلوعًا ، فليس للمتعدى أن يأبى من ذلك وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم [ق / ٨٧ / ٨ب] فيمن بنى أو غرس في أرض امرأته أو دارها ثم يموت أحدهما ، قال : فللزوج أو لورثته على الزوجة أو على ورثتها قيمة ذلك البناء مقلوعًا ، وإنما حاله فيما غرس أو بنى في مال امرأته حال المرتفق ، كالعارية يغرس فيها أو يبنى ، إلا أن يكون للمرأة أو لورثتها بينة أنه إنما كان ينفق في عمارة ما عمَّر من ذلك من مالها، ولها كان يصلح ، فيكون أحق بأرضها وبما فيها بغير شيء ، وإنما يغرم القيمة قائمًا من عمَّر بميراث أو شراء ، أو أحيى أرض موات لا يضمنها لأحد ، ثم يستحق ذلك .

قال عنه عيسى : فإن لم تكن لها بينة وإنما ادعت أن ذلك من مالها ، وإنما أعطته ذلك ، حلف الزوج إن كان حيًا إن لم يكن له بينة على البت .

وإن مات ، حلف من يظن به علم ذلك من الورثة البالغين أنهم لا يعلمون

دعواها ويستحقون نقضهم ، يريد : ولها أن تعطهم هى أو ورثتها قيمة ذلك مقلوعًا .

ونحوه روى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أنه إذا ثبت أن الزوج كان يتولى النفقة والبنيان ، وإن لم يثبت أنه كان يتولى شيئا من ذلك وثبت أن الأرض للزوجة، فالقول قولها .

فصل

قال ابن القاسم عن مالك : ومن بنى أو غرس في أرض بينه وبين شريكه ، فليقتسمانها ، فإن صار بناؤه فيها وقع له ، فهو له وعليه كراء حصة صاحبها فيما خلا .

وإن صار الغرس والبناء في نصيب شريكه ، خير شريكه بين أن يعطيه قيمة ذلك مقلوعًا وبين أن يأمره بقلعه ، وله على الثانى من الكراء بقدر حصته .

م : ولابن القاسم في « المدونة » خلاف هذا ، وقال غيره مثل هذا .

قال عيسى : عن ابن القاسم : وكذلك لو كانوا ورثة فبنى أحدهم فيما ورثوه قبل القسم .

قال : وإن استعمل البانى من ذلك شيئا قبل القسم وهم حضور ، فلا شىء لهم، وكأنهم أذنوا له .

وإن كانوا غيبًا فلم يقدر كراء الأرض بغير البناء .

ابن حبيب : وقال مطرف وابن الماجشون فيمن بنى في أرض بينه وبين رجل ، وشريكه حاضر لا ينكر ، فهو كالإذن ، ويعطيه قيمة البناء قائمًا .

وقال ابن القاسم وأصبغ : قيمته مقلوعًا .

وكذلك اختلفوا فيمن بنى في أرض زوجته .

في المتداعيين في الأرض يزرع أحدهما ثم يزرع الآخر على بذر الأول

ومن « العتبية » : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في رجلين تداعيا في

أرض ، فزرع أحدهما فيها فولاً فنبت ، ثم أعقبها الآخر فقلب ما نبت وزرعه قمحًا، ثم ثبت استحقاقها لباذر الفول ، فإن قضى له بها في إبان الحرث ، فله كراؤها على باذر القمح ، لأنه غير غاصب ، وزرع القمح لباذره ويؤدى للآخر قيمة فوله الذي أتلفه ، يريد على الرجاء والخوف . وإن ثبت استحقاقها بعد الإبان فلا كراء له على باذر القمح ، والزرع لباذر القمح ، وعليه قيمة الفول على كل حال .

ولو كان غاصبًا كان لربها في الإبان قلع الزرع ، إلا أن يشاء أن يقره ويأخذ كراد أرضه .

م : ويزيد إذا كان لو قلع انتفع به .

فيمن غصب بيضة فحضنها ، أو غصب دجاجة فحضن تحتها بيضًا منها أو بيضًا من غيرها

ومن « **المجموعة** » : قال أشهب فيمن غصب بيضة فحضنها تحت دجاجة له ، فخرج منها دجاجة : فعليه بيضة مثلها ، كغاصب القمح بزرعه ، فعليه مثله والزرع له .

قال : وأحب إليَّ أن لو تصدق بالفضل ، وليس بواجب عليه للضمان .

وقال سحنون في « **العتبية** » : الفروخ لصاحب البيضة ، وعليه قيمة ما حضنت دجاجة الغاصب .

قال أشهب في « **المجموعة** » و«**كتاب محمد**» : ولو غصب دجاجة فباضت عنده، فحضنت بيضها ، فما خرج من الفراريخ فلربها أخذهم معها كالأولاد .

وأما لو حضن تحتها بيضًا له من غيرها ، فالفراريخ للغاصب والدجاجة لربها ، وله فيما حضنت كراء مثلها .

ابن المواز : مع ما نقصها إلا أن يكون نقصانًا بينًا ، فيكون لربها قيمتها يوم غصبها ، ولا يكون له من بيضها ولا من فراريخها شيء .

قال : ولو غصب حمامة فزوجها حمامًا ، فباضت وأفرخت فالحمامة والفراخ للمستحق ، ولا شيء للغاصب فيما أعانها ذكره من حضانته ، ولمستحق الحمامة فيما حضنت من بيض غيرها قيمة حضانتها ، ولا شيء له فيما حضنه غيرها من بيضها ،

وإنما له مثل بيض حمامه ، إلا أن يكون عليه في أخذ البيض ضرر في تكلف حمام يحضنهم، فله أن يغرم الغاصب قيمة ذلك البيض .

في غصب الجماعة ، والسلطان يُدَّعى عليه غصبًا بعد عزله وطول حيازة الغاصب

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون في قوم أغاروا على منزل رجل والناس ينظرون إليهم ، ينتهبونه ويذهبون بما كان فيه من مال وحلي وثياب وطعام [ق/ ٦٨/ ٨ب] وما أشبهه، والشهود لا يشهدون على معانيه ما ذهبوا به ، لكن على أنهم أغاروا وانتهبوا .

قال : فلا يعطى المنتهب منه بقوله ويمينه وإن ادعى ما يشبه حتى يقيم البينة ، وقاله أصبغ عن ابن القاسم ، واحتج بمسألة مالك في منتهب الصرة يختلفان في عددها ، إن القول قول المنتهب مع يمينه .

قال مطرف : يحلف المغار عليه على ما ادعى أن مثله يملكه ولم يأت بمستنكر ويصدق، وقاله ابن كنانة ، وبه أقول ، ويحمل على الظالم .

قال مطرف : وإذا أخذ واحد من المغيرين ، ضمن ما أغاروا عليه مما ثبت معرفته أو ما حلف عليه المغار عليه مما يشبه ملكه ، لأن بعضهم عون البعض كالسراق والمحاربين ، ولو أخذوا كلهم أملياء ، لم يضمن كل واحد منهم إلا ما ينوبه ، وقاله ابن الماجشون وأصبغ في الضمان .

قالوا : والمغيرون كالمحاربين إذا أشهروا السلاح على وجه المكابرة ، كان ذلك على أصل نائرة بينهم أو على وجه الفساد .

وكذلك والي البلد يغير على بعض أهل ولايته ويتلف أموالهم ظلمًا مثل ذلك في المغيرين .

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن أقر أنه غصب عبد رجل هو ورجلان معه سماهما، وصدقه رب العبد ، ولا يلتفت إلي من غصب معه ، إلا أن تقوم عليهم بينة أو يقروا .

ولو قامت عليهم بينة أو أقروا وبعضهم ملي والباقون معدمون فليأخذ من الملى

جميع قيمة العبد ، ويطلب هو وأصحابه .

فصل

ومن « العتبية » : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الرجل من ذوى السلطان والولاية ، المعروف بالظلم والتعدى في أموال الناس ، يدعى عليه رجل أنه غصبه أرضًا أو غيرها من الأموال ، ولا يجد عدولاً يشهدون له ولكن من لا يعرف بعدالة ولا بسخطة حال ؟

قال : لا يقبل في كل شيء إلا العدول كما قال الله تعالى .

قلت : فقوم عرفوا بالغصب لأموال الناس من ذوى الاستطالة بالسلطان ، ثم جاء الله يوالٍ أنصف الناس منهم ، وأعدى الناس عليهم ، فلا يجد الرجل من يشهد له على معاينة الغصب ، ويجد من يشهد له على حق يعرفونه ملكًا للمدعى ثم رأوه بيد هذا الظالم ، لا يدرون بما صار إليه ، إلا أن الطالب كان يشكو إليهم ذلك أو لا يشكو ؟

قال : إذا كان الظالم من أهل القهر والتعدى وممن يقدر على ذلك ، والبينة عادلة، فذلك يوجب للمدعى أخذ حقه منه ، إلا أن يأتى الظالم ببينة عادلة على شراء صحيح أو عطية ممن كان يأمن ظلمة وتعديه .

فإن جاء ببينة عادلة على شرائه ، فزعم البائع أن ذلك البيع عن خوف من سطوته ، وهو ممن يقدر عليه ، فليفسخ البيع .

وإن زعم البائع أنه باع وقبض الثمن ظاهرا ، ثم دس عليه سرًا من أخذه منه ، ولو لم يفعل ذلك لقى منه شرًا ، قال : لا يقبل هذا منه ، وعليه رد الثمن إليه بعد أن يحلف الظالم أنه ما ارتجعه ولا أخذه منه بعد أن نفعه إليه .

وقال سحنون في الأمير الغاصب لأموال الناس يعزل ، فيقوم من يدعى شيئا مما في يديه .

قال : إذا أثبتوا شيئا من أموالهم ، كلف الظالم البينة بماذا صار إليه ذلك ؟! ، وإن لم يقم بينة ، فلا شيء له فيه .

ولو أقام بينة أنه يجوز ذلك منذ عشر سنين أو عشرين سنة بمحضر المدعين ، ولم

يقم بينة بالشراء ، فلا يقضى له بهذا في الحيازة وهو معروف بالظلم .

قال : وإن لم يشهد المظلوم سرًا أنه إنما يترك القيام خوفًا منه ، لم تضره هذه الحيازة ولو أشهد في السر كان أقوى .

قال : وإن مات في ولايته ، فقام على ورثته وأثبتوا البينة بأى شىء صار لأبيهم كما كلف أبوهم ، وعلى الطالب البينة أن هذا السلطان كان غصب ذلك منه بعد أن يقيم البينة أن هذا الشىء كان له .

قال : ولا يكون حال هذا الأمير حال الغاصب في الغلة وفيما غرس حتى يقيم المدعى بينة بالغصب ، وإلا لم يكن عليه غلة ، ويأخذ قيمة ما غرس قائمًا حتى يقيم المستحق البينة بأنه غصبه ذلك ، فيعطيه قيمته مقلوعًا ، ويرجع عليه بالغلات .

م : فإن قيل : فما الفرق بين أخذ متاعه من الأمير الغاصب إذا أثبت ملكه له ، وبين أخذ غلته ؟

قيل : ملكه قد ثبت ، وبيعه ممن حاله ما وصفت لك مشكوك فيه ، فلا ينتقل ملكه بالشك ، والظالم قد ظهر شراؤه واعتدى فيما ظاهره الشراء ، فلا يرد الغلة على المستحق إلا بيقين الغصب مع اختلاف الناس في أن الغلة للغاصب بالضمان .

فصل

وقال ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون في الرجل في يديه المنزل أو غيره مثل عشرين سنة يبنى ويغرس ويفعل ما يفعل المالك ، لم يقم جاره البينة أنه كان غصبه ذلك، أو على إقرار الغاصب بالغصب، هل يضره ترك القيام عليه هذه المدة ، وهو عالم ببينته؟

قال : لا يضره ذلك [ق / ٦٩ / ٨ب] لأنه قد عرف أصل هذه الحيازة بيد هذا الغاصب .

وإن عاد بعد أن كان سلطانًا إلى حال السوقة ومن ينتصف منه ، وهو يتصرف تصرف المالك بالكراء والإسكان ، فإن ورث ذلك ورثته واقتسموا بحضرته ، فهو على حقه إلا أن يحدثوا فيه بيعًا أو إصداقًا للنساء أو عطاء ، وربه عالم بذلك قادر على حقه ، لا عذر له في تركه ، فذلك إذا طال زمانه من بعد هذا يقطع حقه

وحجته .

قلت : وتجوز شهادة من شهد له به ، وهم يرون الغاصب يحوز غير حقه ولا يقومون بشهادتهم .

قالا : إن كان به عالمًا بهم ، لم يضرهم ذلك .

وإن لم يكن عالمًا بهم ولم يعلموا بما عندهم من علمهم ، فشهادتهم باطلة ، وإلا أن يكون الغاصب أو وارثه ممن لا ينتصف منه من ذوى السلطان ، فلا تسقط شهادتهم بترك إعلام المغصوب منه بها ، لأن لهم في ذلك عذرًا ومقالاً ، وقاله أصبغ .

جامع مسائل مختلفة من المغصوب

ومن « **العتبية** » : قال ابن القاسم عن مالك فيمن تسوق بسلعة فيعطيه غير واحد بها ثمنًا ، ثم استهلكها له رجل ، فليضمن ما كان أعطيه بها ، ولا ينظر إلى قيمتها إذا كان عطاء قد تواطأ عليه الناس ، ولو شاء أن يبيع باع .

وقال سحنون : لا يضمن إلا قيمتها .

وقال عيسى : يضمن الأكثر من القيمة أو الثمن .

سحنون : قال أشهب فيمن اغتصب صبرة قمح ، فأراد الغصب أن يصالح منها على كيل مثل القمح ، فإن كان قد ألزم الغاصب القيمة بحكم أو بصلح اصطلحا عليه ، فلا بأس أن يأخذ منه بتلك القيمة كيلاً من القمح .

قلت : أو ليس القيمة لازمة له الغصب ، فلم قلت : إن كان ألزم القيمة ؟

قال : لأن ربها لو أقام بينة أن فيها عشرين أردبًا ، كان له أخذها منه ، فلهذا قلت ذلك ، إلا أن يصالحه من الكيل على ما لا يشك فيه .

قال ابن القاسم في مسلم أو نصرانى عدى على سفينة مسلم ، فحمل فيها خمرًا .

قال : يؤخذ من النصرانى الكراء ويتصدق به ، وله على المسلم كراء سفينته فيما

أبطلها عليه ، ولا ينظر إلى كراء الخمر .

قال سحنون فيمن قال لرجل : كنت غصبتك ألف دينار إذ كنت صبيا .

قال : يلزمه أيضًا كالأول .

وقال في عامل أكره رجلاً أن يدخل بيت رجل فيخرج منه متاعًا ليدفعه إليه ، فأخرج له ما أمره به ودفعه إليه ، ثم عزل العامل ، وقام رب المتاع ، فله أن يأخذ ذلك ممن شاء منهما ، فإن أخذه من المأمور ، رجع به المأمور على العامل .

قال : وإن عزل الأمير ، وغاب رب المتاع ، فقام المأمور علي الأمير ليغرمه ويقول : أنا مؤاخذ به إذا جاء صاحبه .

قال : ذلك له ، ويعدى له عليه .

وقال عيسى بن دينار في ظالم أسكن معلمًا دار رجل ليعلم فيها ولده ، ثم مات الظالم ومات المعلم : إن صاحب الدار مخير في كراء داره ، إن شاء أخذه من مال الظالم ، وإن شاء أخذه من مال المعلم .

ولأبى محمد بن أبى زيد : من أخبر لصوصًا بمطمر رجل ، أو أخبر به الغاصب، وقد بحث عن مطمره أو ماله ، فدله عليه رجل ولولا دلالته عليه ما عرفوه ، فضمنوه بعض متأخرى أصحابنا ، ولم يضمنه بعضهم .

قال أبو محمد : وأنا أقول بتضمينه ، لأن ذلك من وجه التغرير .

ومن وجه التغرير الموجب الضمان أيضًا في رجل صانع رجلاً فارق له ثمنه علي أن يقر له بالملك ويبيعه ويقاسمه الثمن ، ففعل وقد هلك متولى البيع : إن المقر بالملك ضامن، لأنه أتلف مال المشترى ، ومثله لابن المواز في الحر يسبى من العدو ، فيباع في المقاسم وهو ساكت ، فيشتريه رجل ، وإن كان مثل الأبله والذى يظن أن مثل هذا يرقه ، فلا شيء عليه .

ومن لم يكن هكذا فهو ضامن للثمن ، لسكوته حتى أتلف مال المشترى .

وقالوا فيمن اعتدى على رجل فقدمه للسلطان ، والمتعدى يعلم أنه إذا قدمه إليه يتجاوز في ظلمه ، وأغرمه ما لا يجب عليه ، واختلف في تضمينه ، فقال كثير منهم : عليه الأدب وقد أثم .

م : وكان بعض شيوخنا يفتى في مثل هذا إن كان الشاكى للسلطان الظالم أو إلى العامل الظالم ، وهو ظالم له في شكواه فإنه لما أغرمه الوالى بغير حق ضامن .

وإن كان الشاكى مظلومًا ،ولم يقدر أن ينتصف ممن ظلمه إلا السلطان ، فشكاه فأغرمه السلطان وعدى عليه ظلمًا ، فلا شيء على الشاكى ، لأن الناس إنما يلتجئون من الظلمة إلى السلطان ، ويلزم السلطان متى قدر عليه رد ما أغرم المشكو ظلمًا ، وكذلك ما أغرمت الرسل المشكو هو مثل ما أغرمه السلطان أو الوالى ، يفرق فيه بين ظلم الشاكى وغير ظلمه ، وكان بعض أصحابنا يفتى بأن ينظر إلى القدر الذى لو استأجر الشاكى رجلاً في المسير في إحضار المشكى ، فذلك على الشاكى على كل حال ، وما زاد على ذلك مما أغرمته الرسل فيفرق فيه بين الظالم والمظلوم حسبما قدمناه .

قال أبو محمد : وأما الرجل يأتى إلى السلطان فيخبره بأسماء قوم ومواضعهم ، وهو يعلم أن الذى يطلبهم به السلطان ظلم ، فيصيبهم بسبب تعريفه بهم غُرم أو عقوبة ، فأراه ضامنًا لما غرمهم من العقوبة الموجعة .

م : وقد قال أشهب : إذا دل محرمٌ محرمًا [ق / ٧٠ / ٨ب] على صيد ، فقتله المدلول عليه ، فعليهما الجزاء جميعًا ، وابن القاسم يقول : لا جزاء على الدال، فعلى هذا الإختلاف تجرى مسائل الدال فيما ذكرناه ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون فيمن جلس على ثوب رجل في الصلاة ، فيقوم صاحب الثوب المجلوس عليه وهو تحت الجالس فينقطع ، قال : لا يضمن ، وهذا مما يجد الناس منه بدًا في صلواتهم ومجالستهم .

وقال أصبغ مثله .

ومن سماع أشهب : قال مالك في الأمة الفارهة تتعلق برجل تدعى أنه غصبها ، قال : تصدق عليه بما بلغته من فضيحة نفسها بغير يمين عليها ، بكرًا كانت أو ثيبًا .

قال أبو محمد : يريد في غرم ما نقصها لا في الحد ،وقد اختلف في إلزامه نقص الأمة وصداق الحرة بهذا ، وقد تقدم بعض هذا .

تم «كتاب الغصب» والحمد لله وحده .



بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا

كتاب الوديعة

القضاء في الودائع والأمانات، وما يوجب ضمانها أم لا

قال الله سبحانه : ﴿ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾ (١) ، وأمر تعالى أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، ولم يأمر بالإشهاد في ردها ، كما أمرنا بالإشهاد في غير ذلك من الدين والبيع ودفع أموال اليتامى إليهم ، وإن كانت أموال اليتامى أمانة، فإنما يدفعه إلى غير من ائتمنه ، فلذلك يشهد وكذلك كل من دفع إلى غير من دفع إليه وائتمنه ، فعليه الإشهاد وإلا لم يصدق في رده إذا أنكره المدفوع إليه .

قال إسماعيل القاضي في كتابه « المبسوط » : فرق مالك بين الوديعة والقراض والشيء المستأجر ، وبين الرهن والعارية في دعوى الضياع ، فجعل القول قول المودع والمستأجر والمقارض ، لأن عظم منفعة ذلك لربه ، وجعل في الرهن والعارية القول قول ربه ، لأن منفعة ذلك للمرتهن والمستعير ، ونحوه ذكره أبو بكر الأبهري .

قال : إنما ينظر لمن له المنفعة في المقبوض ، فالقول قوله ، والوديعة المنفعة لربها خاصة، فيصدق قابضها في ضياعها ،وكذلك القراض والشيء المستأجر أكثر المنفعة فيهما لربهما ، فيصدق قابضها في ضياعها .

وأما الرهن والعارية فالمنفعة لقابضهما ، فلذلك لم يصدق في الضياع ، والله أعلم .

قال ابن القاسم : ولا يضمن المودع ما أودعه ، إلا أن يتعدى فيه .

قال : ومن أودعته مالاً ، فرفعه إلى زوجته أو إلى خادمه ليرفعه له في بيته ومن شأنه أن ترفع له ، لم يضمن ما هلك من ذلك ، وهذا مما لا بد منه .

وكذلك إن دفعه إلى عبده أو أجيره الذي في عياله ، أو دفع في صندوقه أو بيته ونحوه ، لم يضمن .

---

(١) سورة البقرة (٢٨٣) .

قال : ويصدق أنه دفعه إلى أهله ، وأنه أودعه على هذه الوجوه التى ذكرنا أنه لا يضمن فيها وإن لم تقم له بينه .

م : **قال بعض أصحابنا** : لأنه إذا دفعه لمن شأنه أن يدفع له ، وعرف الناس الدفع إلى مثل هؤلاء من غير إشهاد ، كان ذلك كالشرط .

م : وكأن المودع على ذلك دخل حين أودعه ، فصار كالإذن له في ذلك .

قال : فإن دفعه إلى زوجة فأنكرت أن يكون دفع إليها شيئا ، حلف إن كان متهمًا ، وإلا فلا يمين عليه .

م : ويظهر لى أنه يحلف ، كان متهمًا أم لا ، لأن ها هنا من يدعى تكذيبه كقوله : رددت الوديعة إلى ربها ، وربها ينكر في ذلك ، فإن المودع يحلف ، كان متهمًا أم لا ، لأن ربها يكذبه .

وإن أحلفته لكونه متهمًا ، فنكل عن اليمين ، غرم .

وإن كان عديمًا ، كان لرب الوديعة أن يحلف زوجته ، كانت متهمة أم لا ، لأنها تقوم مقام زوجها في يمينها ، كما يتبع الإنسان غريم غريمه .

قال : ولو لم يكن من شأنه أن يدفع إلى زوجته أو أمته وأنه كان لا يتق بدفع ماله إليهم ، فدفع الوديعة إليهم ، فإنه يضمن ، وليس له اختبار أمانتهم بمال غيره .

وظاهر الكتاب في قوله : ومن شأنه أن يدفع عند زوجته وأمته وغيرهما ، يؤيد ذلك، والله أعلم .

م : فقد قال محمد : إذا لم يكن شيء من هذا ، أو دفعها عند غير من يكون عنده ماله والقيام له به ، ضمن .

وقال أشهب في كتبه : إذا أودع الوديعة لغيره من خادم أو عبد أو أجير ممن في عياله، فهو ضامن .

وأما في وضعه إياها في بيته أو في صندوقه أو في غير ذلك من بيته أو بيت غيره إذا لم يكن يأتمنه عليها ، فلا يضمن .

م : **قال بعض أصحابنا** : وهذا إذا حملته على أن عادة الناس لا يسلمون ما أودعوه ولا أموالهم إلا إلى الزوجة والخادم والعبد ، صح الجواب ولم يكن خلافًا لما

تقدم إذا حمل الأمر على العادة .

ومن « **العتبية** » : روى أصبغ عن ابن وهب فيمن استودع وديعة في المسجد أو في المجلس ، فجعلها على نعليه فذهبت ، فلا ضمان عليه .

قلت : ألم يضيع إذا لم يربطها ؟

قال : يقول : لا خيط معي . قلت : يربطها في طرف ردائه .

قال : يقول : ليس عليَّ رداء .

قلت : فإن كان عليه رداء ؟

قال : لا يضمن [ق / ٧١ / ٨ب] كان عليه رداء أو لم يكن .

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون : فإن نسيها في موضع دفعت إليه وقام ، ضمنها لأنها جناية ، وليس ذلك كسقوطها من كمه أو من يده في غير نسيان لأخذها هذا لا يضمن .

م : نسيانه حتى سقط من كمه أو من يده كنسيانه لأخذها ويجب ألا يضمن ، والله أعلم .

قالا : وأما لو أودعها فكانت في بيته ، فأخذها يومًا ما في كمه ، فخرج بها يظنها دراهمه فسقطت ، فإنه يضمن .

م : أما هذه فصواب ، لأنه غير مأذون له في التصرف فيها ، فنسيانه في ذلك كتعمده ، لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء . وأما في وضعها على نعليه أو حملها من موضع أودعها إلى داره في يده أو كمه ، فهو غير متعدٍ في ذلك ، فنسيانه إياها في موضعه ، أو نسيانه إياها في كمه حتى سقطت أمر يعذَر به كالإكراه على أخذها منه ، والله أعلم .

قال بعض الفقهاء : ضمنه بالنسيان ، وهو أمر مختلف فيه ، لأنهم قالوا فيمن أودعه رجل مائة درهم ، ثم جاء هو وآخر ، فادعى كل واحد أنه الذى أودعه إياها، ونسى هو من هو منهما ، فاختار محمد أن يضمن لكل واحد مائة ، وقيل : لا يضمن إلا مائة واحدة ، ويحلفان هما ويقتسمانها .

م : فإذا وجب ألا يضمن لهما إلا مائة ، وأن غلبة النسيان عليه كتضييع

الوديعة، انبغى إذا نسيها وقام وتركها ، أو نسى أين وضعها في بيته ألا يضمن .

وقال سحنون فيمن أودع وديعة فصرها في كمه مع نفقته ، ثم دخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها ، فإنه ضامن .

م : **قال بعض الفقهاء** : لعله إنما ضمنه لدخوله بها الحمام .

ومن «كتاب الوديعة» : قال ابن القاسم : وإن أراد سفرًا أو خاف عورة منزلة ، ولم يكن صاحبها حاضرًا يردها عليه ، فليودعها لثقة ، ولا يعرضها للتلف ، ثم لا يضمن .

م : لأنه لا يمكن حفظهما بأكثر مما صنع .

قال ابن القاسم : وإن أودعها لغير هذا الذي يعذر به ، ضمن إلا أنه لا يصدق أنه أراد سفرًا أو خاف عورة منزلة فأودعها ، إلا أن يعلم سفره وعورة منزلة ، فيصدق .

وحكى عن أبي محمد أنه قال : إذا علم سفره أو عورة منزلة ، فأودع الوديعة بغير بينة ، لم يضمنها إذا أنكرها الذى زعم هذا أنه أودعه إياها ، أو قال : أودعنى وتلفت ، لأنه لما خاف عورة منزلة أو سافر كان له مباح أن يودع لغيره ، وإن لم يخف كدفعه إلى زوجته وخادمه ومن شأنه أن يدفع له .

م : وينبغي على أصلهم أن يضمن إذا لم تقم بينة على إيداعه ، لأنه دفع إلى غير من دفع إليه ولى اليتيم ، ولكنهم لم يضمنوه للعذر ، والله أعلم .

م : وقال أشهب في كتبه : ومن استودع وديعة وهو في خراب ، فخاف عليها وأودعها لغيره في أعمر من مكانه ، فإن كان ربها قد علم بخراب موضعه وخوفه ، ولم يزد خرابه إلى ما هو أخوف ، فالمودع ضامن وإن زاد خراب موضعه وخوفه على ما كان في وقت الوديعة ، فلا شيء عليه في إيداعه لغيره .

ومن «كتاب الوديعة» : قال مالك: وإن سافر فحمل الوديعة معه ، فقد ضمن .

وإن أودعت لمسافر مالاً ، فأودعه في سفره فضاع ، ضمن بخلاف الحاضر يسافر .

وقال مالك في امرأة ماتت في الأسكندرية ، فكتب وصيها إلى ورثتها وهم

بالمدينة ، فلم يأته منهم خبر ، فخرج بتركتها إليهم فهلكت في الطريق ، فهو ضامن من حين خرج بها من غير أمر أربابها .

فصل

قال محمد بن عبد الحكم فيمن أودع رجلاً وديعة ، فقال له اجعلها في تابوتك ولا تقفل عليها ، فجعلها في تابوته وقفل عليها فتلفت ، فإنه يضمنها ، لأن السارق إذا رأى التابوت مقفولاً كان أطمع فيه .

ولو قال : اجعلها في التابوت ، ولم يقل غير ذلك ، لم يضمن إن قفل عليها .

ولو قال له : اقفل عليها قفلاً واحدًا ، فقفل عليها قفلين ، لم يضمن لأن السارق يطمع فيما قفل بقفل أو قفلين .

م : وهو أشد طمعًا فيما قفل بقفلين ، لأنه خلاف العادة ، فيشتد طمعه فوجب الضمان ، والله أعلم .

ولو قال : اجعلها في قدر ، فخار ، فجعلها في سطل نحاس فضاعت لضمن، لأن السارق عينه إلى سطل النحاس أكثر من الفخار .

ولو قال : اجعلها في سطل نحاس ، فجعلها في قدر فخار فضاعت ، لم يضمن .

فصل

ومن « المدونة » : ومن أودعته دنانير أو دراهم ، فخلطها بمثلها ثم ضاع المال كله، لم يضمن .

وإن ضاع بعضه كان ما ضاع وما بقى بينكما ، لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه ، ولو عرفت بعينها كانت مصيبة كل واحدة من ربها ، ولا يغيرها الخلط .

وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة مثلها ، وفعل ذلك على الإحراز والدفع، فهلك الجميع لم يضمن ، لأن المودع على مثل ذلك دخل ، أو قد يشق على المودع أن يجعل كل ما أودعه على ناحية ، ولأنه لو تعدى على الوديعة فأكلها ، ثم رد مثلها ثم ضاعت بعد رده ، لم يلزمه شيء فخلطها بمثلها كرد مثلها ، فلا يضمن إذا

ضاعت .

م : وقد اختلف الناس في الدنانير إذا تسلفها ثم رد مثلها [ق/ ٧٢ / ٨ب] ثم ضاعت ، فقيل : لا ضمان عليه كما لو تسلفها ، وقيل : يضمن ، لأنها بالسلف صارت في ذمته ، فلا يبرئه إلا بإيصالها إلى يد ربها .

قال في « المدونة » : وإن كانت مختلفة ضمن ، وكذلك إن خلط حنطة بشعير ثم ضاع الجميع ، فهو ضامن لأنه قد أفاتها بالخلط قبل هلاكها ، لأنها لا تتميز ، وليس كصنف واحد من عين أو طعام .

وإن أودعته حنطة ، فخلطها صبى أجنبى بشعير للمودع ، ضمن الصبى ذلك في ماله، **فإن** لم يكن له مال ففي ذمته لهذا مثل حنطته ، ولهذا مثل شعيره ، يريد : ويباع هذا المخلوط عليه فيما لزمه .

قال : فإن اختار ترك الصبى ويكونان في المخلوطين شريكين بقدر قيمة طعام كل واحد بعد العلم بكيله ، جاز .

وقال ابن المواز : لا يجوز أن يصطلحا على أن يقتسما ذلك بينهما على قيمة الطعامين.

وأما على قدر كيل طعام كل واحد ، فجائز إذا رضيا ، ونحوه لأشهب ، لأنهما ينتقلان عن كيل معلوم إلى قيمة مجهولة ، فأجاز ذلك ابن القاسم .

قال : ولو كان المتعدى حائزًا لأمر لم يلزمه رضاهما قسمة المختلط ، لأنه يقول لهما: إنما كلما عليَّ قمح وشعير غير مختلط ، فليس لكما أن تأخذا غير الواجب لكما عليَّ .

وأما لو ضمنه أحدهما مثل حنطته أو مثل شعيره ، ثم قال الآخر : أنا أشار كل فيها، فهذا بيِّن أن ليس له ذلك ، لأن نصيب الذى ضمنه صار للمتعدى ، فصار من أراد أن يشركه يأخذ منه قمحًا وشعيرًا عن قمح أو شعير بغير رضاه .

ولو تراضوا بذلك وأعطاه **ذلك** يدًا بيد ، جاز لأنه أعطاه في شعير قمحًا وشعيرًا، فلا تحريم في ذلك .

ومن « المدونة » : ولو أعطى أحدهما للآخر مثل طعامه على أن يدع له جميع

المخلوط لم يجز ، لأنه بيع إلا أن يكون هو المتعدى في خلطه ، فيجوز لأنه قضاء لما لزمه، ونحوه لأشهب في « المجموعة » : وقال يحيى : أجاز أشهب أن يعطى لصاحبه مثل طعامه إذا رضيا .

قال يحيى : وقيل : إن تفرقا وإلا لم يجز .

وروى أبو زيد وجابر : أن يبيعاه ويقتسما الثمن على قدر طعام كل واحد منهما.

قال أبو محمد : يريد يوم خلطه الصبى .

م : وقد تقدم إيعاب هذا في كتاب الغصب .

فصل

ومن « المدونة » : ومن أودعته دراهم أو حنطة ، أو ما يكال أو يوزن ، فاستهلك بعضها ثم هلك بقيتها ، لم يضمن إلا ما استهلك أولا .

ولو كان قدر رد ما استهلك أولاً ، لم يضمن شيئا إن ضاعت بعد ذلك ، وهو مصدق أنه رد فيها ما أخذ منها ، كما يصدق في ردها إليك وفي تلفها .

وفي «كتاب ابن المواز» : هو مصدق يرد ما تسلف منها مع يمينه ، وكذلك ذكر أشهب في كتابه أنه مصدق مع يمينه .

وقال محمد في «كتاب الإقرار» فيمن استودع دنانير ، فتسلف دنانير منها ، ثم ردها فضاع ذلك إنه لا يضمن إن كان تسلفها بغير بينة ، والقول قوله . وإن كان ببينة فلا قول له إلا ببينة .

قال يحيى بن عمر : اختلف قول مالك في الذى ينفق من وديعة عنده شيئا ثم يرده،فقال مرة: لا شيء عليه، وأخذ به ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ.

وقال مرة : إن ردها بإشهاد برئ ، وإلا فلا ، وبه أخذ ابن وهب .

وقال مرة : لا يبرأ حتى يقبضها لربها ، لأنه دين ثبت في ذمته ، وهذا قول أهل المدينة من أصحاب مالك وروايتهم عن مالك ، ورواه المصريون ، ولم يقولوا به .

م : فوجه مذهب ابن القاسم : فلأنه منفق لها على وجه التأويل واعتقاد ردها ، فلم يخرجه ذلك من الأمانة ، فوجب قبول قوله .

ووجه مذهب ابن وهب : أنه بأخذها تخلدت في ذمته ، وما تخلد في الذمة لا يبرئ المقر به أنه رده إلا ببينة ، أو بإقرار المقر له كسائر الديون .

ووجه قوله : لا يبرئ وإن رده ببينة ، لأنه بتعديه أخرج نفسه من الأمانة ولزمت ذمته، فرده إياها لموضعه لا يزيل الضمان عنه ، لأنه غير أمين في فعله ، وكما لو حجزها ثم اعترف بها وادعى تلفها ، لم يقبل منه ، فكذلك هذا .

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون : وإذا استودعها مصرورة ، فحل صرارها ثم تسلف منها شيئا ، فقد ضمنها كلها إن تلف بعد أن رد فيها ما تسلف ، أو قيل : وكذلك لو حلها ولم يستلف منها ، لضمنها حين تعدى ، فحل وثاق ربها وأفضى إليها ، ولو استودعها منثورة فتسلف منها ، ثم تلفت لم يضمن غير ما تسلف ، وهو مصدق في رد ما تسلف منها . ولو تلفت بعد أن رده ، لم يضمن شيئًا .

وقال ابن القاسم وأشهب وأصبغ : والمصرورة والمنثورة سواء، والأول أحب إليَّ.

م : وتسلفه من المنثورة ورده أشد من حل المصرورة فقط . وإذا قبل رده في المنثورة وتفلها بعد ذلك ، وجب قبول قوله في المصرورة أنها تلفت بعد أن حل صرارها ، لأن ذلك ليس الذى أوجب إتلافها ، فكذلك إذا تسلف من المصرورة ، ثم رد فيها ما تسلف منها ، وجب قبول قوله في الرد والتسلف كما قبل قوله في المنثورة [ق / ٧٣ / ٨ب] في الرد والتسلف .

ومن «كتاب ابن شعبان» : ومن أودع وديعة وقيل له : تسلف منها إن شئت ، فتسلف منها وقال : رددتها ، فهذا لا يبرئه رده إياها إلا إلى ربها .

ومن «كتاب الوديعة» : ولو تسلف جميعها ثم رد مثلها مكانها لبرئ ، كان أخذه إياها على السلف أو على غيره ، ولا شيء عليه إن هلكت بعد أن ردها .

ولو كانت ثيابًا فلبسها حتى بليت واستهلكها ، ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها ، لأنه إنما لزمته قيمته .

ومن أودع وديعة بيده لغير عذر ، ثم استردها فهلكت ، لم يضمن ، كرده إذا تسلفها.

فصل

ومن «كتاب ابن المواز» : ذكره في كتاب الإقرار ، ومن استودع دابة أو ثوبًا ، فأقر المودع بركوب الدابة ولباس الثوب ، فهلك ذلك ، فقال ربه : إنما هلك ذلك بيدك قبل أن ترده إلى موضعه ، وقال المودع : بعد ما رددته ، قال : هو مصدق مع يمينه إذا كان مقرًا بالفعل .

فأما إن لم يقر وقامت بذلك بينة ، فلا يصدق أنه رد ذلك إلى موضعه إلا ببينة، وهو قول أصحابنا .

ومن «كتاب الإقرار» لابن سحنون : إذا أقر أنه لبس ثوبًا وديعة عنده ، أو كانت دابة فركبها ، ثم قال : هلكت بعد ما نزلت عنها ، فهو ضامن ، لأنه لما ركبها ضمن بالتعدى.

ولو قال : ركبتها بإذن ربها ، فأنكر ربها ، فالقول قول ربها مع يمينه .

ولو أقام البينة أنه نزل عنها سالمة ثم تلفت ، برئ من ضمانها .

وقال بعض أصحابنا : هو ضامن حتى يردها بحالها .

م : وهذه الأقوال في مسألة الثوب والدابة جارية على اختلاف قول مالك في رده ما تسلف من الوديعة .

وإذا خلط الدراهم بمثلها ، فضاع بعض ذلك ، فعلى مذهب مالك يكون ما ضاع على قدر ما لكل واحد ، إن خلط عشرة بخمسة له فضاع من الجملة دينارًا أو دراهم ، فعلى مذهب مالك يكون على صاحب العشرة ثلثاه ، وعلى صاحب الخمسة ثلثه ، وعلى مذهب ابن القاسم يكون الضائع بينهما نصفين ، لأن كل واحد يدعى أن الضائع من مال الآخر ، فيقسم بينهما .

في المودع والمقارض يدعى رد ذلك إلى ربه بنفسه أو مع رسوله ، وفي الرسول يدعى دفع ما أرسل به ، وفي موته وموت المودع والمقارض ، وإقرارهما عند الموت

قال ابن القاسم عن مالك : ومن بيده وديعة أو قراض لرجل ، فقال له : رددت

ذلك إليك ، فهو مصدق .

قال في كتاب ابن المواز : مع يمينه ، وقاله ابن حبيب عن ابن الماجشون : إنه مصدق مع يمينه .

م : لقوله سبحانه : ﴿ **فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ** ﴾ (١) فصرف ذلك إلى أمانتهم .

قال في «كتاب الوديعة» : ولا أن يكون قبض ذلك ببينة فلا يبرئ إلا ببينة .

قال أبو محمد : لأنه ائتمنه بتوثق ، فلا يخرج منه ذلك إلا ببينة .

قال مالك : ولو قبضة ببينة فقال : ضاع منى أو سرق ، صدق ولا يمين عليه ، إلا أن يتهم فيحلف .

قال أبو محمد : وقاله أصحاب مالك .

قال محمد بن عبد الحكم : فإن نكل المتهم عن اليمين ، ضمن ولا ترد اليمين ها هنا.

وروى ابن نافع عن مالك أن المودع يحلف وإن لم يكن من أهل التهم .

وكذلك ذكر القاضى إسماعيل عن ابن نافع عن مالك .

م : والفرق بين دعواه الرد ودعواه الضياع على أحد القولين : أن رب الوديعة في دعواه الرد يدعى يقينًا أنه كاذب ، فيحلف كان منهمًا أو غير متهم ، وفي الضياع لا علم له بحقيقة دعواه ، وإنما هو معلوم من جهة المودع ، فلا يحلف إلا أن يكون متهمًا .

م : وهذا الصواب ، ألا ترى أنه مصدق في دعواه الضياع بإجماعهم وإن كان أصل الدفع إليه ببينة ، فإنما اختلفوا في يمينه ، ولا يصدق في دعواه إذا كان قبضه ببينة ، فلا يبرأ إلا ببينة ، فالرد من الضياع مفترق .

ومن أخذ الوديعة بمحضر قوم ، ولم يقصد إشهادهم عليه ، فهو كقبضه بلا بينة حتى يقصد الإشهاد عليه .

ومن «كتاب الوديعة» : ولو قال في الوديعة والقراض : قد رددت ذلك مع رسول إلى ربه ، ضمن إلا أن يكون رب المال أمره بذلك .

ومن « العتبية » : روى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في المودع يأذن له ربها أن

---

(١) سورة البقرة (٢٨٣) .

يدفعها إلى من جاءه بأمارة ذكرها له ، فجاءه رجل بالأمارة فدفع إليه المال ، ثم مات ربها وقام ورثته على الرسول الذى قبض المال بالأمارة ، فقالوا: ما صنعت به؟ قال : صنعت به ما أمرنى به ربه ، قالوا : وما الذى أمرك به ربه ؟ ، وقال : ليس علىَّ أن أخبركم .

قال : يحلف لقد صنع ما أمره به ربه ويبرأ ، وقاله ابن القاسم .

ومن «**كتاب ابن الماجشون**» فيمن بيده مال وديعة أو دين ، فأشهد بذلك على نفسه قومًا، ورب المال لا يعلم بإشهادهم ، ثم ادعى رد الوديعة وقضاء الدين .

قال : هو مصدق في الوديعة ، وعليه البينة في الدين .

ولو مات رب الوديعة أو الدين ، فادعى رد الوديعة وقضاء الدين ، وكذبه الورثة، فعليه [ق / ٧٤ / ٨ب] البينة فيهما جميعا .

قال أبو محمد : يريد ، أنه ردها إلى الورثة وهم غير من أودعه .

ومن «العتبية » و«كتاب محمد» : قال ابن القاسم عن مالك فيمن استودع وديعة، فيقر بها عند من يقر من غير أن يشهد بها عليه ثم يموت ثم يقوم ربها .

قال مالك : هذه أمور لها وجوه ، أرأيت لو تقادم هذا عشرين سنة أو عشر سنين، ثم مات فقام ربها ، فهذا لا شىء له .

قال ابن القاسم : وكأنى رأيته إن كان قريبا أن يكون ذلك له .

قال في « العتبية » : كالأشهر والسنة وشبه ذلك ، ثم مات وقام ربها ، إن ذلك في مال الميت .

فصل

قال مالك : ومن دفعت إليه مالا ليدفعه إلى رجل ، فقال : دفعته إليه ، وأنكر ذلك الرجل ، فإن لم يأت الدافع إليه ببينة ضمن ، قبض ذلك منه ببينة أو بغير بينة، كالوصى يدعى الدفع إلى الأيتام .

ولو شرط الرسول أن يدفع المال إلى من أمر به بغير بينة، لم يضمن وإن لم تقم له بينة بالدفع إذا ثبت هذا الشرط، لقوله عليه السلام: «**المسلمون على شروطهم**»[1] وإن قال الرسول : لم أجد الرجل فرددت إليك المال ، صدق إلا أن يكون قبضه

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) والحاكم (٢٣٠٩) والدارقطنى (٣/ ٢٧) حديث (٩٦) والبيهقى فى «الكبرى» (١١٢١١) من حديث أبى هريرة ـ رضى الله عنه .

ببينة، فلا يبرأ إلا ببينة ، معناه أنه بعثه إلى من معه بالبلد ، وأما إن بعثه إلى من بغير البلد لم يجب أن يكون القول قوله في الرد ، لأنه متعدٍ في الرد ، لأن الواجب عليه إذا لم يجده إيداعها له، فإذا كان متعديًا في الرد وجب عليه الضمان ، فإذا صارت في ذمته لتعديه في ردها ، وجب ألا يقبل قوله : رددتها ، وإن أخذها بغير بينة .

فإن قال : قد سلمت في الرجوع وبرئت ذمتي كردى لما تسلفت من الوديعة .

قيل له : الوديعة رددتها حيث أمرت ببقائها فيه ، وهذه رددتها في غير الموضع المأذون لك ببقائها فيه ، فلم تبرأ ذمتك بردها .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن بعثت بمال بضاعة إلى رجل ببلد ، فقدمها الرسول ثم مات ، فزعم الرجل أن الرسول لم يدفع إليه شيئا ، فلا شيء لك في تركة الرسول ، ولك اليمين على من يجوز أمره من ورثته أنه ما يعلم له شيئا .

قال مالك : وإن أخذ مالك بعد بلوغه لم يضمن ذلك .

قال سحنون : وقول أشهب أعدل .

قال أشهب : لا يبرأ ورثة الميت من المال ، وعليهم غرمه ، إلا أن يقيموا بينة أن الرسول دفعه .

وقال : لما كانت البينة على هذا المأمور بالدفع في حياته لم يكن موته بالذى يضع ذلك عنه ، سواء مات في الطريق أو بعد بلوغه ،وقال أصبغ في «كتاب محمد» عكس ما في «المدونة » في أحد القولين .

م : فوجه ما في « المدونة » إذا مات في الطريق فلم يوجد ، حمل أمره في ذلك على أنه تعدى عليها ، كما لو ادعاها في الحضر فمات ولم يدع ضياعها إنها في ماله .

وإذا مات بعد وصوله البلد حمل أمره على أنه دفعها ، ولو كان حيًا لأخبر بمن يشهد له ، والمنكر لا يخبر بمن يشهد عليه ، وضمنه في كتاب محمد في هذا ، لأن عليه الإشهاد ، إذ لا يمكن أن يخفي ذلك على ورثته إذا بحثوا عليه .

وإذا مات في الطريق برئت ذمته ، ويحمل أمره على الضياع لا على التعدى .

وأخذ محمد بقول أشهب .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن بعث معه بمال إلى رجل صدقة أو صلة أو سلفًا أو من ثمن بيع أو ليبتاع لك به سلعة ، فقال : دفعته إليه ، وأكذبه الرجل ، لم يبرأ الرسول إلا ببينة ، وإن صدقه برئ .

وكذلك إن أمرته بصدقة على قوم بأعيانهم ، وإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم، ضمن حصة من كذبه .

ولو أمرته بصدقته على قوم بغير أعيانهم ، صدق مع يمينه وإن لم يأت ببينة ، يريد : إنما يحلف إذا كان متهمًا والله أعلم .

فصل

ومن ملك وقبله قراض وودائع لم توجد ، ولم يوص بشيء ، فذلك في ماله ، ويحاص بذلك غرماؤه .

فإن قال عند موته : هذا قراض فلان ، وهذه وديعة فلان ، فإن لم يتهم صدق ، وذلك للذى سمى له .

وقال أشهب في كتبه : وإذا قال عند موته : قراض فلان ، ووديعة فلان في موضع كذا ، فلم توجد حيث قال ، فلا ضمان عليه .

ومن « العتبية » : روى أبو زيد عن ابن القاسم : إذا ترك ودائع ولم يوص ، فتوجد صرر عليها مكتوب : هذه لفلان وفيها كذا ، ولا بينة على إيداعه ، فلا شيء له إلا ببينة أو بإقرار الميت ، ولعله صانع أهل الميت .

قال عنه عيسى : فيمن بيده ودائع للناس : وهو يعلم أنه ينفق منها ، فيوصى بودائع، فيوجد في تابوته كيس فيه دنانير ، فيه مكتوب إنها لفلان وأن عددها كذا ، فيوجد العدد أقل ، فإن ثبت أن ذلك خطه ببينة ، كان ما نقص في ماله .

وإن لم يشهد على خطه أحد ، حلف الورثة أنهم ما يعلمون من ذلك شيئا ، ولا شيء عليهم .

وكذلك لو وجد قرطاس مكتوب فيه حساب لفلان عندى كذا وكذا ، فإن شهد بأن ذلك خط الميت ، كان ذلك لفلان في ماله ، وإلا فلا شيء له .

وقال أصبغ : وكذلك لو وجد خطًا بيد صاحب المال على الكيس مع وجدانه في حوز المستودع [ق / ٧٥ / ٨ب] حيث أقره ، فإنه يقضى له به .

قال أصبغ : وهذا على قول من يقضى بالخط ، والخط عندنا ثابت صحيح ، وقد بلغنا أن عمر بن عبد العزيز قضى بالخط في شهادة الشاهد ، وهو أشبه .

وأما على خط المقر بعينه ، وشهد على خطة بينه عدول بأنه خط يده ، فهو الإقرار الصريح .

وقد قال مالك : إذا شهد على الخط شاهدان ، لم يكن على صاحب الحق يمين، لأن ذلك إقرارًا .

وإن كان شاهدًا واحدًا ، حلف معه واستحق .

وإن كان شاهدًا على الخط وشاهدًا لى الحق ، تمت الشهادة .

القضاء في التداعى
في الودائع وغيرها

قال مالك : ومن قال لرجل : أقرضك كذا وكذا ، وقال الرجل : بل أودعنيه ، وتلف صدق رب المال .

م : لأن القابض مقر بوضع يده على مال رجل مدع لطرح ضمانه .

وقال أشهب : القول قول المودع ، ولا يؤخذ أحد بغير ما أقر به .

قال ابن القاسم : وإن قال رب المال : غصبتنيه ، أو سرقته منى ، فهو مدع ، لأنه من معنى التلصص ، فلا يصدق عليه ، ولا يضمن له الرجل شيئا لإبطال الدعوى التى أراد بها تضمينه .

م : قال بعض الفقهاء : إنما معنى هذا ، لأنه ادعى الغصب على من لا يليق ذلك به، فصار كأنه ادعى ما لا يشبه ، فلا يصدق .

ولو كان مما يليق به الغصب لكان القول قول رب المال إذا ادعى ما يشبه ، كدعواه القرض على جملة الناس ومن لا يظن به .

ومن « المدونة » : ومن أخذ من رجل مالاً ، فقال له الدافع : إنما قضيتك من

دين لك عليَّ ، أو رددته من القراض الذى لك عندى ، وقال الآخر : بل أودعتنيه وتلف، صدق الدافع مع يمينه .

وإن كان لك عند رجل ألف درهم قرضًا ، وألف درهم وديعة ، فأعطاك ألفًا ، أو بعث بها إليك ، ثم زعم أنها القرض وأن الوديعة قد تلفت ، وقلت أنت : بل الذى قبضت الوديعة ، فالقول قول المودع ، كما يصدق في ذهاب الوديعة .

قال أبو محمد : وهذه مسألة مبينة في «كتاب محمد بن سحنون» : إن القول قول الدافع للدنانير أنها هى المائة الدين ، ولا يلتفت إلى قول رب المال ، والمودع مصدق في ذهاب الوديعة .

وقال أشهب في «كتابه» : إن دفع الألف إلى ربها ببينة قبل قوله إنها القراض ، وإن دفعها بغير بينة صدق ربها ، ولا يخرجه من الدين إلا البينة .

م : وهذا إذا كان قد دفع إليه رب المال الوديعة بغير بينة ، فإذا رد بغير بينة دل أنها الوديعة ، إذ لا إشهاد يلزمه فيها .

وإن رد ببينة دل أنها القراض ، إذ لا يبرئه منه إلا البينة .

ولو كان إنما دفع إليه رب المال الوديعة ببينة لوجب إن رد ببينة أن يكون القول قول المودع ، كما قال ابن القاسم : ومن أودعته وديعة فجحدك إياها فأقمت عليه البينة ، إنه يضمن .

القضاء في إيداع الصبى والعبد ومن فيه بقية رق

قال ابن القاسم : ومن أودع صبيًا صغيرًا وديعة ، بإذن أهله أو بغير إذنهم ، فضاعت لم يضمن .

يريد : وكذلك السفيه ، لأن أصحاب ذلك سلطوا يده على إتلافه .

قال مالك : ومن باع منه سلعة فأتلفها ، فليس له اتباعه بثمن ولا قيمة .

ولو ابتاع من الصبى سلعة ودفع إليه الثمن فأتلفه ، فالمبتاع ضامن للسلعة ، ولا شىء له قبل الصبى من الثمن .

فصل

ولو أودعت عبدًا محجورًا عليه وديعة فأتلفها ، فهى في ذمته إن عتق يومًا ما ، إلا أن يفسخه عنه السيد في الرق ، فذلك له ، لأن ذلك يعيبه ، فيسقط ذلك عن العبد في رقه وبعد عتقه .

وما أتلف المأذون له في التجارة من وديعة بيده ، فذلك في ذمته لا في رقبته ، لأن الذى أودعه متطوع بالإيداع ، وليس للسيد أن يفسخ ذلك عنه .

وقال أشهب في كتابه في العبد المحجور عليه يتلف الوديعة قد أودعها : فإن كان مثله يستودع فهى في ذمته ، رق أو عتق وإن كان وغدًا لا يستودع مثله ، فلا شيء عليه في رد ذلك عنه السيد أو لم يرده حتى يلى نفسه بالعتق ، يريد : فيتبع ، وأنكرها سحنون .

وقال أشهب : وقد قال مالك في العبد غير المأذون يتاجر الناس بغير إذن السيد : فإن كان فارهًا ، مثله يتاجر الناس ، فذلك في ذمته .

قال أشهب : وإذا استتجر عبده الوغد ، فلسيده أن يبطل عنه ما أتلف من أمانة، لأنه لم يأذن له في أحذ الودائع ، ومثله لا يودع .

م : فإذا أتى العبد المحجور عليه إلى رجل ؛ فقال له : سيدى أمرنى أن أستعير مثل كذا ، فصدقه ودفع إليه ما ذكر ، فأنكر سيده ، فقيل : للسيد أن يطرح ذلك عن ذمة العبد بعد يمينه أنه ما بعثه .

وقيل : إن ذلك دين عليه في ذمته لا يسقطه عنه السيد ، والأول أشبه ، لأن الذين صدقوه هم أتلفوا متاعهم إذا لم يستقيتوا .

وأما ما قد أخذه ، فإنه يكون جناية في السفيه والصبى ، فيتبعون به في ذمتهم، وكل ما لزم رقبة العبد لزم ذمة الصبى .

واختلف في الأمة تكون بين حر وعبد [ق / ٧٦ / ٨ب] فيطأوها العبد ، فقيل : ذلك جناية من العبد في رقبته ، وقيل : في ذمته ، والأول أشبه .

قال في « العتبية » : ومن أراد أن يودع رجلاً وديعة ، فقال له الرجل : ادفعها إلى عبدى ، ففعل فاستهلكها العبد ، فهى في ذمته .

قلت : فإن غرم السيد من العبد ؟ قال : لا شيء على السيد بكل حال .

قال محمد بن عبد الحكم : ولا يكون في ذمته بإقراره أنه استهلكها حتى تقوم بينة باستهلاكه إياها .

ومن «كتاب الوديعة» : قال ابن القاسم : وما أفسد العبد الصانع المأذون له في الصناعة مما دفع إليه ليعلمه أو يبيعه فأتلفه ، في ذمته .

وكذلك من ائتمنه على شيء أو أسلفه ، فإن ذلك في ذمته لا في رقبته ، ولا فيما بيده من مال السيد ، وليس للسيد فسخ ذلك عنه .

وما قبضه العبد والمكاتب وأم الولد والمدبر من وديعة بآذان ساداتهم فاستهلكوه ، فذلك دين في ذمتهم لا في رقابهم ، بخلاف الصبى يقبض وديعة بإذن أبيه فيتلفها ، هذا لا يلزمه شيء ، ولا ينبغى ذلك لأبيه .

ومن أودعته وديعة فاستهلكها ابنه الصغير ، فذلك في مال الابن ، فإن لم يكن له مال ففي ذمته .

وإن استهلكها عبده فهى جناية في رقبته ، فإما فداه السيد بذلك أو أسلمه .

ومن قتل عبدًا فقيمته في ماله حالَّةَ عليه ، ولا تحملها العاقلة .

في دفع الوديعة لغير ربها وشهادة الرسول بصدقتها على المودع ودفع الثمن لرسول البائع

قال ابن القاسم : ومن أودعته وديعة ، فادعى أنك أمرته بدفعها إلى فلان ففعل ، وأنكرت أنت أن تكون أمرته ، فهو ضامن ، إلا أن تقوم بينة له أنك أمرته بذلك .

قال أشهب في «كتابه» : وسواء أودعته ببينة أو بغير بينة .

قال سحنون : ويحلف ربها ، فإن نكل حلف المودع وبرئ .

قال ابن القاسم في المودع يأتيه من يزعم أن ربها أمره بأخذها ، فصدقه ودفعها إليه فضاعت منه : إن الدافع ضامن لها ، ثم إن له أن يرجع على الذى قبضها فيأخذها منه .

وقال أشهب في «كتابه» : لربها أخذها من أيهمـا شاء ، ثم لا رجوع لمن أخذها منه على الآخر ، لأن الدافع صـدق الرسول أنه مأمور بأخذها ، فـلا يرجع عليه إن غرمها .

م : ولابن القاسم في النكاح الأول في قبض الوكيل ما يدل على قول أشهب .

قال ابن المواز في «كـتاب الإقرار» : ولو جاء بكتـابه بأمارة فدفعهـا إليه ، وهو يعرف خطه وأمارته ، فـدفع إليه وصدق كتابه ، فأنكر ربها ، فـليحلف ما أمره ولا كـتب بذلك إليه ، وأنه لا حق لـه عليه ، ثم يغـرم له الدافع ، ثم يرجع بهـا على القابض ، ولا يمنعه ذلك من الرجوع عليه .

قال ابن المواز : وللذى جاءه بالكتاب وإن عرف خطه وأمارته فيه ألا يدفع إليه ما أودعه الغائب أو حقًا للغائب عليه .

قال محمد بن عبدوس في الذى قال للمودع : بعثنى ربها لآخذها منك، فدفعها إليه، ثم اجتمع مع ربها فذكر ذلك له فسكن ثم طاله بعد ذلك .

قال : يحلف أنه ما أمر فـلانًا بقبضها ، وما كان سكوته رضى مـنه بقبضه ، ثم يغرم .

رب المال علم بقبض القابض ، فجاد إلى المودع فقال : كلم فلانًا القابض يحتال لى في المال .

فـقال : هـذا رضـى بقـبـضــه ، فليطـلبـه ربه ويبـرأ الدافع ، ولو طـلب ربهـا الدافع فجـحده ، فقال ربهـا : احلف ما أودعـتك ، فقـال : يحلف لك أنه ما لك عليَّ شيء.

قال أبو محمد : يريد على قول ابن الماجشـون ، يعنى أيضًا أن الدافع أيقن بأمر رب الوديعة له .

ومن **«كتاب الوديعة»** : قال مالك : وإذا بعثت إلى رجل بمال فقال : تصدقت به عليَّ، وصـدقه الرسول ، وأنت منـكر للصدقـة وتقول : بل هو إيداع ، فـالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه ، ويكون المال صدقة عليه .

قيل لمالك : وكيف يحلف ولم يحضر ؟

قال : كما يحلف الصبى إذا كبر مع شاهده في دين أبيه .

محمد وقـاله عبد الله ابن عبد الحكم ، وهو أحب ما سمـعت فيها وإليَّ ، لأن الرسول لم يتعدى في الدفع ، لإقرار ربها أنه أمره بذلك ، فشهادته جائزة وكذلك إن كان للرسول بينة على دفعه .

وقال أشهب في كتبه : لا تجوز شهادة الرسول ، لأنه يدفع عن نفسه الضمان .

قال أبو مـحمد : يريد أشهب أن المتصدق عليـه عديم وقد أتلف المال ، ولا بينة للرسول على الدفع ، فأما وهو مليٌّ حاضـر فـشـهادة الرسول جـائزة مع يمين المشهود له .

وكذلك إن قامت للرسول بينة في عدم المشهود له .

م : وعلى هذا التأويل يكون قول أشهب وفاقًا لابن القاسم .

وكذلك علل مـحمد قول ابن القـاسم ، وعلل غيره قول أشـهب أنه إنما لم تجز شهـادته لأنه دفع دفـعًا لم يؤمـر به ، وذلك أن الأمر إنما أمـره أن يدفع على جـهة الإيداع ، فدفع هو على جهة التمليك ، فلا تجوز شـهادته ، ولا يؤخذ الآمر بغير ما زقر به من الدفع .

قـال : وابن القـاسـم إنما أجـاز شـهـادته لأنه أذن له في الـدفع ، فـدفع والمال حاضـر، فـلم يـستهـلك بدفـعه عـلى [ق / ٧٧ / ٨ب] باب التمليـك بشهـادته شيئًا .

قال بعض الفقهاء : ويجب على أصل أشهب إذا لم تجز شهادة الرسول ولم يجد المال، فـأغرم الرسـول ، فللرسول أن يرجع بذلك على المدفـوع إليه وإن كـان عنده مظلومًا ، لأنه يقول : الآمـر ظلمك وأغرم بسببك ، إذ لم يجد المال بيـدك ، كقوله ففي المودع يأتيه رجل بخط رب الوديعة وأمارته : أن ادفـعها إلى فلان صلة ، أو إنها له : وهو لا يشك أنه خطه وأمارته ، فدفـعها إليه ثم جاء ربهـا فأنكر وحلف وأغرم المودع ، إن للمـودع أن يرجع على من قبـضهـا منه وإن كـان يعلم أنه مظلوم ، لأنه يقول : بسببك وصل إلى تغريمي .

م : ويحتـمل أن يكون الفرق بين المسألتـين أن الدافع في المسألة الأولى متـحقق

بكذب الآمر وأن المدفوع إليه مظلوم ، فـلا يجب أن يرجع عليه بشيء ، وفي المسألة الثانية هـو لا يقطع بحقيقة كـذبه ، إذ قد يضرب على خطه ويعرف أمـارته ، فلهذا وجب أن يرجع عليه.

وأما على أصل ابن القاسم فـلا يجب له الرجوع عليه ، لقوله فيمن اسـتحققت من يده دابه وهو يعلم أنهـا نتـاج عند بائعهـا منه وأن المسـتحق ظالم له، وأن ببـينه شهدت بالزور ، فقال ابن القاسم : لا رجوع له بالثمن على بائعه ، فكذلك هذا .

وقد وقع لأشهب ما يدل أنه اخـتلف قوله في هذا الأصل ، قال في المودع يأتيه رجل فيقول له : إن ربهـا بعثنى إليك لآخذها منك ، فصدقه ودفعـها إليه ، فادعى ضياعهـا ، فأتى ربها فأنكر أن يكون بعثه وحلف وغـرم المودع ، فقال: لا رجوع له على الرسول ، بخلاف ما تقدم له .

وابن القاسم يرى له الرجوع في هذه على الرسول ، لأنه لم يتحقق صدقه .

ومن «كتـاب الوديعة» : قال ابن القاسم : وإن بعث من رجل ثوبًا وبعـثت معه عبدك أو أجيرك ليقبض الثمن ، فقال : قبضته وضاع منى ، فإن لم يقم المشترى ببينة بالدفع إلى رسولك ضمن ، بخلاف من دفعت إليه مـالا ليدفعه إلى رجل ، فقال : دفعته إليه بغير بينة وصدقة الرجل هذا لا يضمن .

م : يريد ، ليدفـعه إلى الرجل من دين له عليـه أو صدقة عـليه ، فيـبرأ الدافع بتصديقه، إذ لا طلب للآمر أو غيره فيه .

وأما لو أمره بدفـعه إليه ليكون وديعة عنده ، أو ليوصله إلى غيـره ، فيدعى أنه قبضه منه وتلف ، فلا يبرئ الدافع إلا ببينة على دفعه .

قال بعض الفقهاء : إنما لم يصدق المشترى في الدفع إلا ببينة لأنه دين في الذمة، فلا يبرأ من ادعى دفعه إلا ببينة .

ولو كان أصله وديعة ، فقلت لآخر : اقبضـه لى منه ، فقال : قبضته وضاع ، لصدق الدافع .

وفي «كتاب مـحمد» : لا يبرأ إلا بالبـينة أنه دفع إلى غير من دفع إليه ، فـعليه البينة.

وابن القاسم إنما جعل إقامة البينة في قوله تعالى : ﴿ **فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ** ﴾ (١) خيفة أن ينكروا ، فإذا أقروا فلا ضمان على الوصى ، فكذلك هذا إذا أقر بالقبض برئ المودع .

فيمن أودع وديعة أو أبضع بضاعة لرجلين عند من يكون المال منهما ؟

قلت : فالرجل يستودع الرجلين أو يبضعهما ، عند من يكون ذلك منهما ؟ وهل يكون عندهما جميعًا ؟

فقال : قال مالك في الوصيين : إن المال يجعل عند أعدلهما .

قال مالك : فإن لم يكونا عدلين وضعه السلطان عند غيرهما ، وتبطل وصيتهما إذا لم يكونا عدلين .

قال ابن القاسم : ولم أسمع من مالك في الوديعة والبضاعة شيئا ، وأراه مثله ، وقاله أشهب في كتبه

قال : وكذلك البضاعة تكون عند أعدلهما ، فإن اقتسما ذلك أو كانت عند أدناهما في العدالة ما لم يكن بيِّن الفجور ، فلا ضمان على من كان المال في يديه ، ولا من لم يكن .

وقال سحنون في المودعين لا تكون عند أحدهما ولا تنزع منهما ، بخلاف الوصيين ، وإذا اقتسم المودعان أو العاملان المال في القراض ، لم يضمنا .

قال يحيى : ولا يضمن الوصيان إذا اقتسماه ، وقاله أشهب وابن عبد الحكم ، وفي الوصايا لابن حبيب خلافه وأن كا واحد يضمن ما سلَّم بالتسليم ، وما صار بيده برضاه يرفع يد الآخر عنه ، والموصى لم يرضهما إلا جميعًا .

وقال القاضى إسماعيل في كتابه « المبسوط » : الوديعة لا تشبه الوصية ، لأن الميت إذا مات صار ماله لغيره ، فلا يجوز أن يوصى به إلا إلى ثقة ، والحى يختار لوديعته من أحب ، فلا يجوز للمودعين أن يقتسما الوديعة ، لأنه لم يرض واحدًا منهما مفردًا على شىء من الوديعة ، لكن يجعلانها في موضع واحد وتكون أيديهما فيها واحدة ، وبالله التوفيق .

---

(١) سورة النساء (٦) .

فيمن أودعته أمة فوطئها ، أو دابة أو حيوانًا فأنفق عليها ، أو أنزى عليها ، أو أكراها

[ق/ ٧٨/ ٨ب] **قال ابن القاسم** : ومن أودعته أمة فوطئها ، فعليه الحد والولد عبدٌ لك .

فصل

ومن أودعك دابة وغاب ، فأنفقت عليها بغير أمر السلطان ، فإنك إن أقمت بينة أنه أودعكها منذ وقت كذا فإن الإمام يبيعها ، ويعطيك ما ادعيت من النفقة .

وإن لم يشهدوا بها إذا لم يدع شططًا .

م : إن قيل : ما الفرق بين هذا المودع وبين الزوجة تدعى في غيبة زوجها أنها أنفقت من مالها على نفسها فلا يقبل منها ، إلا أن يكون رفعت أمرها في ذلك إلى السلطان أنه لم يترك لها نفقة ؟

قيل : الفرق بينهما أن هذا قد أقام البينة أنه أودعه إياها ، ولم تذكر البينة أنه ترك لها مع ذلك نفقة ولا شعيراً ، والزوجة تركها في داره وموضع ماله ، فدل سكوتها أنها أنفقت من ماله إذا لم ترفع ذلك إلى السلطان ،وأيضًا فإن الغالب أن الرجل لا يغيب حتى يترك النفقة لزوجته وأهله .

ولو ترك لها دابة ، فادعت أنها أنفقت عليها من مالها ، لكان ذلك كدعواها النفقة على نفسها لما ذكرنا .

قال في « العتبية » فيمن بيده جارية وديعة ، فأنفق عليها ثلاثين صاعًا من ثمر ، فأراد ربها أن يغرم ثمراً ، فقال المنفق : كان يوم أنفقت أغلى من اليوم ، فأخذك بذلك السعر .

قال ابن القاسم : إن اشترى الثمر فليرجع بالثمن ، وإن أنفق ثمرًا من عنده فلا يرجع إلا بمثله ، لأنه سلف منه .

قال عيسى فيمن أودع عنده متاع ، فعدى عليه عادٍ فأغرمه عليه مالاً فلا شيء على رب الوديعة من ذلك .

فصل

ومن «كتاب الوديعة» : ومن أودعته بقراً أو أتنًا أو نوقًا فأنزى عليهن فحملن فمتن من الولادة ، أو كانت أمة فزوجها فحملت فماتت من الولادة، فهو ضامن وكذلك لو عطبت تحت الفحل .

وقد روى عن مالك فيمن رهن جارية عند رجل ، فزوجها المرتهن بغير أمر صاحبها فحملت فماتت من النفاس : إن ضمانها من الراهن .

وقال ابن القاسم : ضمانها من المرتهن .

وقال أشهب في كتبه : لا شيء عليه من ذلك في إنزاء على حيوان أوتزويج الجوارى.

قال أشهب : وإن نقص ذلك كله الولادة فلا شيء عليه ،لأن الولادة في الجوارى ليس من فعله ، إنما زوجهن فكان الحمل من غيره ، فلا يضمن .

ولو سألنى في البهائم قبل أن ينزيها ، لرأيت أن لا يرعها من الإنزاء ، لأن ذلك مصلحة لها ، ولم أضمنه في الجوارى ما نقصهن النكاح ، لأن ذلك نكاح لا يثبت وإن رضى به ساداتهن ، ولو كانوا ذكوراً لم يضمن شيئا ، لأن للسيد أن يجيزه ، فلا يضمنه وقد أجاز فعله .

وإن فسخه رجع العبد إلى حاله من غير نقص .

قال بعض الفقهاء : والصواب أن لا يضمن إذا ماتت من الولادة ، وهو المعروف من قوله ، كا لو عصب حرة فزنا بها وهو غير محصن ، فحملت فماتت من أجل الوضع ، إنه لا يقتل بها ، لأن هذا سبب آخر ماتت به ، ليس هو نفس العداء ، وكمن غر بأمة فزوجها من رجل على أنها حرة ، فماتت لم يضمن قيمة ولدها للأب إذا غرم الأب قيمتهم لسيد أمهم .

وأما إذا ماتت تحت الفحل ، فالصواب أن يضمن ، لأنه لم يؤذن له في الإنزاء.

واختلف في إنزاء الراعى ، فلا يضمن عند ابن القاسم ، لأنه كالمأذون له ، وضمنه غيره .

فصل

ومن «كتاب الوديعة» : قال ابن القاسم : ومن أودعته إبلاً فأكراها إلى مكة ورجعت بحالها ، إلا أنه حبسها عن أسواقها ، ومتى قعد بها فأنت مخير في تضمينه قيمتها يوم تعديه ، ولا كراء لك ، أو تأخذها وتأخذ كراءها ،وكذلك المستعير يزيد على المسافة ، أو المكترى ، ونحوه لأشهب في كتبه .

فصل

قال ابن القاسم : ومن أودعته أمة فزوجها بغير أمرك ، فهو ضامن لما نقصها التزويج.

قال أبو محمد : يريد ، ويفسخ النكاح .

قال ابن القاسم : وإن ولدت وكان في الولد ما يجبر به نقص النكاح ، لم يغرم لنقص النكاح شيئا ، وربها مخير إن شاء أخذها وولدها ، وإن شاء ضمنه قيمتها بلا ولد.

قال يحيى : يوم بنى بها الزوج على أنها خالية من الزوج .

قال ابن القاسم : وقد قال مالك فيمن رد أمة ابتاعها بعيب وقد زوجها ، فولدت، إنه يجبر نقص النكاح بالولد كما يجبر بزيادة قيمتها ، والنكاح ثابت ، زوجها من عبد أو من حر ، لأنه زوجها وهي في ملكه ، كما لو أعتقها ، جاز عتقه وإن أعتقها بعد علمه بالعيب ، لم يرجع بشيء ، وإن لم يعلم رجع بحصة العيب ، ولو تسوق بها بعد علمه بالعيب لزمته ، ولم يردها .

وقال غيره : لا يجبر بالولد نقص النكاح .

م : فوجه قول ابن القاسم : فلأن بإحبال إلى الزوج إياها وجب على المودع قيمتها ، فصار النماء الحادث فيها من الولد بعد دخولها في ضمانه ، فأشبهت المشتراة وبها عيب أنها بالشراء دخلت في ضمان المشترى ، فأجبر ما دخلها من نقص الولادة بالولد .

قال بعض الفقهاء : وقول أشهب أصوب ، لأن هذا النماء لو لم يحدث عند المشترى ما شارك به ، ولا كان له فيه شيء ، بخلاف ما أحدث عنده من صبغ

وخيـاطة ، فإن لم يـكن له فيـه شيء لو لم يحدث عنده عـيب ، فكذلك يجب ألا يجبر به ما حدث عنده من نقص [ق/ ٧٩ / ٨ب] .

فيمن أودعته وديعة فأنفقها على أهلك ، أو تجر بها ، أو جحدها ، ثم صار له بيدك مثلها أو استهلكها ثم ادعى هبتها

قال ابن الـقاسم : ومن أودعتـه وديعة ، فقـال : أنفقتـها على أهلك وولدك ، وصدقـوه في ذلك ، فهو ضـامن إلا أن يقيم بينه ،ويكون ما أنفق يشـبه نفقـتهم ، يريد: وأنت مقر أنك لم تبعث إليهم بالنفقة ، ولا تركت لهم نفقة ،أو يكونوا طلبوا ذلك عند قاض ، ففرض لهم فيه فيبرأ .

م : وينبغي إذا فرض لهم قاض أو أقررت أنت أنك لم تترك لهم نفقة ولا بعثت لهم بها ، وصدقوا المنفق أنه أنفق عليهم من الوديعـة نفقة مثلهم ، إنه لا يضمن وإن لم يقم بينة بذلك إذا صـدقـته الزوجـة الكافلة للولد ، لأنهـا لو أنفـقت من عندها لرجعت بذلك على الزوج .

قال أشـهب في كتـبه : ولو قال ربهـا : تركت لهم النفقـة ، أو كنت أبعث بها إليهم ووصلت إليهم ، فليحلف على ذلك وعلى وصولها إليهم ، ثم يضمن المودع، ولا يرجع على أهل ربهـا بشيء إن كان قـال لربها : لم تفـعل ؟ أو قال : أمـرتني بالدفع إليهم ، وإن لم يقل هذا فله الرجـوع على من كان منهم مليًا بقدر حـصته من النفقة ، وهذا ما لم يكن السلطان قضى على هذا الغائب بالنفقة .

فأما إن قضى عليه بها فلا يصدق في قوله ، بعثت بها أو تركتها لهم إلا ببينة .

فإن أقام بينة كان الجواب على ما تقدم .

ومن «كتاب الوديعة» : قال ابن القاسم : ومن أودعته وديعة فتجر بها ، فالربح له ، وليس عليه أن يتصدق بالربح ، وتكره التجارة بالوديعة .

قال أبو مـحمد : ومن قول مالك وأصحـابه : إن من تجر في وديعة عنده أو في مال يتـيمه لنفـسه ، إن الربح له ، إلا ما روى ابن حـبيب عن ابن الماجشـون ، فإنه قال: إن تجر في الوديعة ونحوها وهو ملي أو مفلس ، فالربح له بضمانه إلا أن يتجر

في مال يتيمه لنفسه وهو مفلس ، فإن مالكًا قال فيه قولاً مستحسنًا .

قال : إن ربح فيه ، فالربح لليتيم ، لأنه المدبر لماله ، فلم يكن من النظر له أن يتجر به لنفسه في عدمه ، وإن هلك فهو ضامن له .

قال : وإن تجر به لنفسه وهو ملى ، فالربح لولى اليتيم ، وأخذ به ابن الماجشون، وأبى ذلك المغيرة وغيره من أصحابنا ، وقالوا : المفلس والموسر في ذلك سواء ، وولى اليتيم في ذلك كغيره ، وبهذا قال المصريون ، وهو قول العامة .

محمد : قال مالك في مال الوديعة اشترى به المودع لنفسه جارية أو غيرها : فليس عليه إلا مثل ماله ، والربح له والخسارة عليه ، فإن حملت منه وهو غريم اتبع ذمته .

محمد : ولو كانت الوديعة طعامًا أو سلعة فباعها بثمن ، أو ابتاع بها جارية أو سلعة، فرب الوديعة مخير ، إن شاء أغرمه مثل طعامه أو قيمة سلعته إن فات لك ، وإن لم يفت أخذه بعينه .

وإن شاء أخذ فيها ما أخذ من ثمر أو جارية أو غيره .

فإن حملت الجارية فلرب الوديعة أخذها وقيمة ولدها ، أو قيمتها فقط كالمستحقة .

ولو أن المشترى للسلعة باعها بأكثر مما اشتراها به ، فلربها إجازة بيع المشترى وأخذ الثمن ، ويرجع المشترى على بائعه بأخذ ثمنه .

ولو كانت الوديعة دنانير أو دراهم فصرفها لنفسه ، فليس لربها إلا ما كان له ، وليس له أن يأخذ ما صرفها به لا أن يرضى المودع .

فإن صرفها لربها ، فلا يحل لربها أن يأخذ ما صرف وإن رضيا ، لأنه صرف فيه خيار ، لكن تباع هذه إن كانت دراهم بمثل دنانيره ، فما كان من فضل فلربها ، وما كان من نقص ضمنه المتعدى .

ولو أودعه حمارًا أو استعاره فباعه بعشرة ، ثم ابتاعه بخمسة فربه مخير ، إن شاء أجاز بيعه وأخذ عشرة لا غيرها ، وإن شاء أخذ حماره ، ثم ينظر إلى المتعدى ، فإن كان اشترى الحمار لنفسه ، فالخمسة الفاضلة له .

وإن اشتراه لربه ، فالخمسة الفاضلة لرب الحمار مع الحمار ، وهذا في البيوع مذكور.

فصل

ومن « المدونة » : ومن لك عليه مال من وديعة أو قرض أو بيع فجحدك ، ثم صار له بيدك مثله بإيداع أو بيع أو غيره ، فلا تجحده .

قيل لابن القاسم : لم قال ذلك مالك ؟

قال : أظنه للحديث الذى جاء : **« أدى الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»** (١) .

ومن « العتبية » : وروى ابن القاسم عن مالك فيمن له على رجل دين بغير بينة، فهلك المطلوب ولا دين عليه لأحد غيره ، وقد كان للميت على الطالب حق مثله بغير بينه، فأراد حبس ذلك بدينه ، وعرف أنه إن أقر أدى ، ولم يجد بينة بالذى له، وعرف أن لا دين على الميت

قال مالك : ما أرى إلا أن يخبر ورثته وينتهى الأمر إلى حيث انتهى ، ويحسب ماله.

قال عنه سعد بن عبد الله : ومن جحدك فلا تجحده .

قال أبو بكر بن محمد فيمن جحدك مالا فقدرت له على مثله ، فقد اختلف فيه .

روى أشهب عن مالك قال : لا آمرك بذلك ، ولا آمرك إلا بطاعة الله ، وإن أردت أن تفعله فأنت أعلم .

وروى عنه [ق / ٨٠ / ٨ب] ابن وهب أنه إن لم يكن على الجاحد دين ، وإن قيم به لم يقع له في المحاصة ، فلا يأخذه ، وإن علم ألا دين عليه فليأخذه .

وروى ابن نافع مثله ، وزاد : وأمر أن يحلف كاذبًا ، فليأخذ قدر حقه .

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٥) والترمذى (١٢٦٤) والدارمى (٢٥٩٧) والحاكم (٢٢٩٦) والدارقطنى (٣/ ٣٥) حديث (١٤٢) والطبرانى فى «الأوسط» (٣٥٩٥) والبيهقى فى «الشعب» (٥٢٥٢) وفى «الكبرى» (٢١٠٩٢) من حديث أبى هريرة ـ رضى الله عنه .

وقال محمد بن عبد الحكم : لا بأس أن يأخذ وإن كان عليه دين ، ما لم يفلس .

م : **قال بعض فقهاء القرويين** : اختلف في هذا ، فقيل : ذلك للمجحود له ، كان الذى جحد له دينًا أو وديعة ، وهو قول محمد بن عبد الحكم ، وقد يرى أن لو حُلِّف فحلف ، لم يضره ذلك ، كالمكره على اليمين في أخذ ماله ، فيحلف ولا يضره ذلك عند عبد الملك .

وابن القاسم يقول بحنثه ، إلا أن يؤدى ذلك إلى [ ] وسجنه .

وقيل : إن أمن أن يحلف ، جاز له ، أو يجتزئ منه المحلف بمالك عندى حق ، فيجوز له ذلك حينئذ على هذا .

وأما لو قدر على أخذ مثله من مال الجاحد ، فإن كان لا دين على الجاحد ، جاز لهذا أن يأخذ ذلك .

وإن كان عليه دين ، لم يجز له أن يأخذ إلا القدر الذى ينوبه في الحصاص ، إذ لو قام عليه لأمكن أن يقول الجاحد : فإنى أحاص بين الغرماء .

ووقع لابن عبد الحكم محمد أن يأخذ الجميع وإن كان عليه دين ، لأنه لم يفلس بعد.

م : وقد ذكرنا ذلك .

قالا : وإنما أجاز له أخذ قدر ما ينوبه وإن كان للغرماء الدخول معه فيه للضرورة التى تلحقه لو أظهر ذلك ، فمتى لم يضر بالغرماء يأخذ ما ينوبه ، جاز له ذلك .

قال ابن المواز : ومن غصبك شيئًا ثم خفي ، لك أخذه بعينه فلا بأس له .

قيل : فإن لم أجد متاعى بعينه وظفرت له بغيره من ماله ؟ قال : لو أعلم أنه لا دين عليه يحيط بماله ، لم أرى عليك شيئا .

قال ابن المواز : قال مالك في ميت أوصى لصغير بدنانير ولم يشهد على ذلك إلا الوصفي : فإن خفي له دفع ذلك حتى لا يتبع به ، فله دفع ذلك دون السلطان ، وكذلك لو رفعه فلم يقبل شهادته السلطان ، ثم خفي له دفع ذلك ، فله رفع ذلك .

قيل : فإن غصبنى رجل شيئا ثم خفي لى أخذه ؟

قال : ذلك لك ، بخلاف من جحدك ، لما جاء فيه .

ومن **«كتاب الوديعة»** : ومن أودعته وديعة فاستهلكها ، ثم ادعى أنك وهبتها له ، وأنكرت ، فالقول قولك ، يريد : وتحلف .

فيمن أودعك عبداً فبعثته في سفر أو غيره أودعك وديعة وهو حر أو عبد ، ثم غاب ، وكيف إن طلب سيد العبد أخذك

ومن أودعك عبدًا فبعثته في سفر أو في أمر يعطب في مثله ، فهلك ضمنته .

وأما إن بعثته لشراء بقل أو غيره من حاجة بقرب منزلك ، لم تضمن ، لأن الغلام لو خرج في مثل هذا لم يمنع منه .

فصل

ومن أودعك وديعة ثم غاب ، فإن لم تدر أين موضعه ، أو حى هو أو ميت ، ولا من ورثته ، فإنك تتأنى بها فإن طال الزمان وآيست منه ، فينبغى أن يتصدق بها عنه .

يريد: ثم إن جاء ربها ، ضمنها له .

وإن أودعك عبد وديعة ، وهو مأذون له أو غير مأذون ، ثم غاب فقام سيده ليأخذها، فذلك له .

وقال مالك فيمن ادعى متاعًا بيد عبد غير مأذون ، وصدقه العبد ، فقال رب العبد : بل المتاع لى ، أو مال لعبدى ، صدق السيد .

م : يريد مع يمينه .

ولو قال : هو بيد عبدى ولا أدرى هل لك فيه شىء أم لا ، فهو للعبد ولا يمين على السيد ، إلا أن يدعى الآخر على السيد أنه يعلم أنه له ، فليحلفه على علمه ، قاله بعض شيوخنا .

قال مالك : ولو كان العبد مأذونا كان القول قول العبد ، وكذلك في إقراره بدين .

مسائل من الودائع مما ليس في « المدونة » ، وفيمن امتنع من دفع الوديعة ثم ادعى تلفها ، أو جحدها ثم أقام بينة بردها ، أو قال : لا أدرى أرددتها أم ذهبت أم أين دفنتها ، أو لا أدرى لأى الرجلين هى

ومن « العتبية » : روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن له عند رجل مال وديعة فطلبه منه، فاعتذر بشغل وأنه يركب إلى موضع كذا ، فلم يقبل عذره ، فتصايحا ، فحلف ألا يعطيه ذلك الليلة ، فلما كان في غدٍ قال : قد ذهبت قبل أن تلقانى ، ضمن ، لأنه أقر بها .

وإن قال : لا أدرى متى ذهبت ، حلف ولا ضمان عليه .

قال أصبغ : ويحلف ما علم بذهابها حين منعه .

قال ابن القاسم : وإن قال : قذ ذهبت منى بعد ما حلفت وفارقتك ضمنها ، لأنه منعه إياها ، إلا أن يكون كان على أمر لا يستطيع فيه أن يرجع ، ويكون عليه فيه ضرر ، فلا يضمن .

وقال أصبغ : لا يضمن ، كان عليه شغل أو لم يكن ، إلا أن يكون في يديه ، أو تكون عند بابه وليس فيه فتح ولا غلق ولا أمر ، ولا يتم إلا برجوعه ونظره ، فإن جاء مثل هذا فهو ضامن ، وإلا لم يضمن .

وقال محمد بن عبد الحكم في كتاب آخر : إذا قال : أنا مشغول إلى غد ، فرجع إليه فقال : تلفت قبل مجيئك الأول أو بعده ، فلا ضمان عليه . وكذلك لو **قال** : لا أدفعها إليك إلا بالسلطان فترافعا إليه ، فضاعت [ق / ٨١ / ٨ب] بين سؤاله إياه وبين إتيانه السلطان ، فلا ضمان عليه ، لأن له في ذلك عذر ، لأنه يقول: خفت شغبه وأذاه .

فصل

ومن « العتبية » : قال أصبغ عن ابن القاسم : ومن طلبت منه وديعة فقال : ضاعت منذ سنين ، إلا أنى كنت أرجو أن أجدها فأطلبها ، ولم يذكر هذا قبل ذلك وصاحبها حاضر .

قال : هو مصدق ، ولا ضمان عليه .

وقال أصبغ : بل هو ضامن إذا لم يعرف منه طلب لها ، ولا ذكر لصاحبها ولا لغيره.

قال محمد بن عبد الحكم : وقال أصحابنا ، فذكر مثل قول أصبغ . قال : وأنا أرى أن يحلف ، ولا شيء عليه .

فصل

قال أبو زيد : عن ابن القاسم في رب الوديعة والرهن يطلب فكاكه ، وأبى الذى ذلك في يديه أن يدفعه حتى يأتى السلطان فيقضى عليه بالدفع ، فهلك ذلك قبل القضية وبعد طلب أربابه .

قال : إن كان دفع ذلك إليه بلا بينة ، فهو ضامن .

قال ابن حبيب : عن ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ فيمن استودع وديعة ببينة ثم جحدها ثم أقر أنه ردها ، وأقام البينة بردها ،فإنه ضامن لأنه أكذب ببينته إذا قال : لم أجدها ، يريد : أو قال : ما أودعتنى شيئا .

وأما إن قال : ما لك عندى شيء بالبينة ، فالبراءة تنفعه . وكذلك في القراض والبضاعة .

فصل

ومن « العتبية » : قال أصبغ في الوديعة يطلبها ربها ، فيقول المودع : لا أدرى أضاعت منى أو رددتها إليك ، فلا ضمان عليه ، لأنه ذكر أمرين هو مصدق فيهما، إلا أن يأخذها ببينة ، فلا يبرأ حتى يقيم بينة تشهد له بردها .

قال عبد الله بن عبد الحكم : ولو قال المودع لربها : إن كنت دفعت إليَّ شيئا فقد ضاع ، وقد قبض الوديعة ببينة ، فليس عليه إلا يمينه .

فصل

قال أصبغ في « العتبية » : ولو قال : دفنتها فضلَّ عنى موضعها ، فهو ضامن، لأنه فرَّط إلا أن يقول : دفنتها في بيتى ، وحيث يجوز له دفنها ، فطلبتها في ذلك الموضع فلم أجدها ، فلا يضمن .

فصل

ومن «كتاب محمد» : ومن استودع مائة دينار ، فأتى رجلان يدعيانها ، فقال : رددتها إلى أحدكما ، فإن لم يثبت أيهما هو ، فهو ضامن لكل واحد منهما مائة ، لأن كل واحد منهما يدعى أنه أودعه فلم يقطع بتكذيبه ، وكقوله للمودع : لا أدرى هل أودعتنى ؟ فهو كالنكول ، فليحلف المدعى ويضمنه ، وكذلك لو كانوا عشرة .

وقال ابن عبد الحكم : أما في الدين ، فيضمن لكل واحد مائة ، وأما في الوديعة ، فلم أره مثل الدين .

قال محمد : وهما عندى سواء .

قال في «كتاب الإقرار» : ويحلف كل واحد منهما ، ويحكم له بمائة ، ومن نكل لم يكن له شيء وكانت لمن حلف . فإن نكلا جميعًا لم يكن على المقر إلا مائة واحدة يقتسمانها بينهما بلا يمين عليه ، لأنه هو الذى أبى اليمين ،وردها بعد أن ردت عليه .

قال محمد بن عبد الحكم : فإن رجع المودع فقال: أنا أحلف أنها لهذا الواحد منهما، فذلك له لأنه إنما قال أولاً : لا أدري ، فإن رجع وقال : أنا أحلف أنها ليست لواحد منهما ، فلا بد من غرم مائة يقتسمها الرجلان بعد أيمانهما ، لأنه قد أقر أن عليه مائة ثانية، فلا حجة له في إسقاطها ، ولا حجة لأحدهما في طلب تمام المائة لنفسه ، لأن المودع لو قال له : رجعت معرفتى أنه لا شيء لك ، لم يلزمه غير اليمين ، واليمين التى حلف بها لهما تجزئ عمن طلب منهما تمام المائة لنفسه ، وكذلك لو كانت المائة عليه دين فيما ذكرنا .

فصل

ومن « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن بيده وديعة مائة دينار ، فأتى رجلان ، كل واحد يدعيها ، ولا يدرى لمن هى منهما .

قال : تكون بينهما بعد أيمانهما ، فهى نكل منهما فلا شيء له ، وهى كلها لمن حلف .

وأما في الدين فيغرم لكل واحد مائة .

وقال سحنون فيمن استودع وديعة ثم مات ، فادعاها رجلان ، كل واحد منهما لنفسه.

وقال ابن الميت : لا أدرى إلا أن أبي كان يذكر أنها وديعة ، فإنها توقف أبدًا حتى يستحقها آخر بالبينة .

وقال أيضًا في رجل أودعه رجل مائة دينار ، والآخر خمسين ، فنسى من صاحب المائة منهما ، فادعى كل واحد منهما المائة .

قال : يتحالفان على المائة ثم يقتسمانها ، والخمسين الباقية أيضًا يقتسمانها أيضًا، إذ ليس لها مدع .

وقال بعض أصحابنا : يغرم لكل واحد منهما مائة بعد أيمانهما .

فصل

قال ابن المواز : ومن قال : دفع إليَّ فلان مائة دينار لأتصدق بها ففعلت ، ثم قال : بل هو فلان دفعها إليَّ لأتصدق بها ففعلت ، وادعى كل واحد منهما أنه الآمر.

فقال بعض أصحابنا ، وقاله أشهب : إن الصدقة نافذة ممن كان منهما ، ولا تباعة عليه .

وقال محمد : بل يغرم لكل واحد مائة ، والله أعلم .

تم «كتاب الوديعة» بحمد الله تعالى وعونه وحسن توفيقه .



بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه .

كتاب العارية

القضاء في العارية والتعدى فيها ، وما يضمن منها

والعارية جائزة مندوب إليها قوله تعالى : ﴿ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾(1)، وقوله تعالى : ﴿ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ﴾(2) ، وقول النبى ﷺ : « **كل معروف صدقة** » (3) ، ولأنه ﷺ استعار ، وكذلك الصحابة .

والقضاء في العارية التى يغاب عليها أنهـا مضمونة ، لأن النبى ﷺ قال لصفوان في السلاح الذى استعاره منه « **عارية مؤداة** » (4) ، وقد تقدم بعض الحجة أول كتاب الوديعة .

قال ابن القاسم : فالعارية مضمونة فيما يغاب عليه من ثوب أو غيره من العروض .

فإن ادعى المستعير أن ذلك هلك أو سرق أو تخرق أو انكسر ، فهو ضامن وعليه فيما أفسد فسادًا يسيرًا ما نقصه .

وإن كان كثيرًا ضمن قيمته كله ، إلا أن يقيم بينة أن ذلك هلك بغير سببه ، فلا يضمن إلا أن يكون منه تضييع أو تفريط فيضمن .

قال ابن القاسم : وكذلك وجدت هذه المسألة في كتاب عبد الرحيم .

م : فوجه قوله : لا ضمان عليه إذا قامت البينة بهلاكها لانتفاء التهمة عنه ، أنه لا صنع له في تلفها وهلاك ما لا يغاب عليه ، لأنه إنما سقط فيه الضمان ، لأنه لا يخفي هلاكه في الغالب ، فصدق في هلاكه ، فما قامت بينة بهلاكه أحرى ألا يضمن .

---

(1) سورة الحج (77) .

(2) سورة النساء (114) .

(3) أخرجه البخارى (5675) من حديث جابر بن عبد الله ـ رضى الله عنه .

(4) أخرجه أبو داود (3566) وأحمد (17979) وابن حبان (4720) والدارقطنى (3/38) حديث (157) .

وقال أشهب : يضمن فيما يغاب عليه وإن أقام بينة أنه هلك بغير سببه لظاهر الحديث فيما يغاب عليه كالسلاح الذي فيه الأثر ، فهو على عموم قول ابن القاسم : كل ما هلك علم بالبينة أنه هلك إن نقص فيما استعير له ، فلا يضمنه .

قال : ولا يضمن فيما لا يغاب عليه من حيوان أو غيره ، وهو مصدق في تلفه، ولا يضمن شيئا مما أصابه عنده ، إلا أن يكون بتعديه .

قال بعض البغداديين : وذهب أبو حنيفة إلى أن العارية لا تضمن على كل حال، وذهب الشافعي أنها مضمونة على كل حال .

ودليلنا على سقوط الضمان في الحيوان والرباع ما روى : « **ليس على المستعير ضمان**» فعم ، ولأنه حيوان أو عقار قبضه لمنفعة نفسه ، فلا يضمن تلفه ، كالعبد المستأجر .

ودليلنا على وجوب الضمان فيما يغاب عليه قوله عليه السلام في سلاح صفوان «عارية مؤداة » ، ولأنه قبضه لمنفعة نفسه ، فلم يكن له حكم الأمانة المحضة ، فإذا لم يعلم تلفه إلا بقوله ، لزمه الضمان .

قال ابن المواز : ومن استعار دابة بسرجها ولجامها ، فقال : ضاعت وما عليها ، فلا يضمن الدابة ويضمن السرج واللجام .

فصل

قال ابن حبيب : ومن استعار بازيًا للصيد ، فزعم أنه مات أو سرق أو طار ، فلم يرجع في حين اصطياده أو في غير حينه ، فهو مصدق مع يمينه ، ولا يضمن لأنه حيوان ، وقاله أصبغ .

وقال مطرف : من استعار دابة أو أكتراها على أنه ضامن لها ، فالشرط ساقط ، ولا يضمن إلا أن يكون ربها خاف عليها من أمر يظهر ، مثل طريق مخوف من لصوص أو غيرها ، فيضمن في مثل هذا الشرط إن هلكت فيما يخاف عليها .

وإن هلكت في غير ذلك ، لم يضمن .

وقال أصبغ : لا ضمان عليه لكل حال ، وبقول مطرف أقول .

فصل

ومن «كتاب العارية» : قال ابن القاسم : ومن استعار دابة ليركبها حيث شاء ،

وهو بالفسطاط فركبها إلى الشام أو إلى إفريقية ، فإن كان وجه عاريته إلى مثل ذلك، فلا شيء عليه ، وإلا ضمن .

والذى يسأل رجلاً يسرج له دابته ليركبها في حاجته ، ويقول له ربها : اركبها حيث أحببت ، فهذا يعلم الناس أنه لم يسرجها إلا إلى الشام ولا إلى إفريقية .

قال ابن القاسم : ووجدت في مسائل عبد الرحيم أن مالكًا قال فيمن استعار دابة فركبها إلى موضع ، فلما رجع زعم أنه أعارها إياه إلى دون ما ركبها إليه وإلى بلد آخر ، فالقول قول المستعير إن ادعى ما يشبه مع يمينه ، وكذلك في سماع ابن القاسم نصا سواء.

قال فيه ابن القاسم : وذلك إذا ركب ورجع ، فإن لم يركب بعد فالمعير مصدق مع يمينه ، وكمن أسكنته دارًا أو أخدمته عبدًا ، قال هو : المدة سنة ، وقلت أنت : ستة أشهر، فهو مصدق عنك مع يمينه ، إلا أن يدعى ما لا يشبه ، ولو لم يقبض المسكن ولا العبد فأنت مصدق مع يمينك .

م : وهذا من قوله يدل أن القول قوله في رفع الضمان والكراء ، لأن مستعير الدار لو ثبت عداؤه بمجاوزة المدة التى استعارها إليها فانهدمت الدار بأمر من الله تعالى في تلك المدة، لم يضمنها ، لأنه إنما تعدى على السكنى ، فلا يكون أسوأ حالا من غاصب السكنى ، فكيف بمن لم يثبت عداوة .

فإذا ثبت أنه لا يضمنها ، لم يبق إلا أن يكون القول قوله في السكنى ودفع الكراء.

وذكر أبو محمد في « المختصر » أن سحنون قال : القول [قول] المستعير فيما يشبه، يعنى في الضمان لا في الكراء ، وقاله أشهب في كتبه ، إن القول قول المستعير في رفع الضمان مع يمينه [ق / ٨٣ / ٨ب] ، والقول في الكراء قول رب الدابة مع يمينه ، ويكون له فضل ما بين كراء الموضع الذى أقر المعير أنه أعاره إليه ، وبين كراء الموضع الذى ركب إليه المستعير .

م : وهذا خلاف لقول ابن القاسم لما قدمناه ، فاعرفه .

وقول أشهب جيد ، وإليه ذهب ابن حبيب .

قال ابن حبيب : سمعت من أرضى يقول فيمن استعار من رجل دابة ، فمضى لها

عنده يومان في اليوم الثاني فقال المعير : إنما أعرتك يومًا ، وقال المستعير : بل يومين، إن كل واحد منهما مدعٍ على صاحبه ، فالمعير يدعى تضمين المستعير ، والمستعير يدعى سقوط الكراء عنه ، فأرى أن يحلفا جميعًا ، ويلزم المستعير كراء اليوم الثانى ولا يلزمه الضمان إذا حلف .

قال أشهب في كتبه : ومن بعث رسولاً إلى رجل بعث رسولا إلى رجل يعيره دابته إلى برقة ، فأعاره فركبها المستعير إلى إفريقية ، فعطبت ، فقال المعير : إنما أعرتك إلى فلسطين ، وقال الرسول : بل إلى برقة ، فشهادة الرسول ها هنا لا تجوز للمستعير ولا عليه ، لأنه إنما شهد على فعل نفسه ، ويحلف المستعير أنه ما استعارها إلا إلى برقة ، ويسقط عنه الضمان ، ويحلف رب الدابة أنه ما أعاره إلا إلى فلسطين، ويكون له على المستعير فضل ما بين كراء برقة على كراء فلسطين .

قال ابن القاسم في آخر «كتاب العارية» : ومن بعث رسوله إلى رجل يعيره دابته إلى برقة ، فقال له : يسألك فلان أن تعيره إياها إلى فلسطين ، فأعاره فركبها المستعير إلى برقة ولا يدرى ، فعطبت ، فإن أقر الرسول بالكذب ضمنها .

وإن قال : بذلك أمرتنى ، وأكذبه المستعير ، فلا يكون الرسول شاهدًا ، لأنه خصم.

قال أشهب في كتبه : فإن قامت للمعير بينة أن الرسول قال له : إلى فلسطين ، كان له كرائها على ما فسرنا بلا يمين عليه ، لأن البينة قامت له بذلك ، ولا ضمان على المستعير ، لأنه يقول : إلى برقة استعرتها ، يريد : فيحلف ويبرأ .

قال : وإن قال الرسول : ما أمرنى المستعير إلا إلى فلسطين ، حلف ولم يضمن، حلف هو ولا المستعير ، يريد إذا حلف المستعير .

قال : فإن قال الرسول : أمرتنى إلى برقة ، فقلت أنا : لرب الدابة غير ذلك ، ضمن الرسول الدابة إن كانت مسافة برقة أشد من مسافة فلسطين في البعد والتعب .

ولو كانت مثلها في البعد والتعب لم يضمن الرسول ولا المستعير لأن المستعير لو استعارها إلى موضع ، فركب إلى موضع غيره مثله في البعد والتعب ، لم يضمنها إذا هلكت تحته في ذلك .

م : وفي «كتاب محمد» : وإن قال الرسول : بذلك أمرتني ، فأكذبه المستعير ، فلا يكون الرسول شاهدًا ، لأنه خصم والمستعير ضامن ، إلا أن يأتي ببينة أنه أمره إلى برقة .

م : وليس في رواية سليمان بن سالم ولا يزيد بن أيوب ضمان المستعير .

قال الآمدي : وهو مطروح في رواية جبلة ، وأسقطها البرادعي في كتابه ، لأن روايته رواية جبلة ، ولم يفرق أشهب في فقهه بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى ، وكذلك ينبغي ألا يفرق ابن القاسم بينهما .

وقد ذكر بعض أصحابنا عن بعض شيوخه أنه قال : الفرق بينهما أن المستعير في مسألة الرسول لا يدعي كذب رب الدابة ، إذ لا علم له بما عقد الرسول ، لأنه لا يخاطبه شفاهًا ، فلذلك ضمن .

وفي «مسألة عبد الرحيم» : هما متداعيان ، فلم يصدق رب الدابة في تضمين المستعير ، وكان عليه البيان .

م : وهذا لو عكس لكان أولى ، لأن في مسألة عبد الرحيم المعير يدعي تكذيب المستعير حقيقة ، فجعلت فيها القول قول المستعير فيما شبه .

وفي هذه المسألة المعير لا يدعي تكذيب المستعير ، فهو أحرى أن يكون القول قول المستعير فيما يشبه ، وألا يضمنه بالشك ، ألا ترى أنهم قالوا في المودع إذا قال: رددت الوديعة إلى ربها وأكذبه ربها ، إن القول قول المودع مع يمينه ، وإن لم يكن متهمًا ، لأن ربها يدعي تكذيبه ، فلا بد من يمينه ، فإن نكل حلف ربها واستحق .

ولو قال المودع : ضاعت ، لصدق الغير المتهم بغير يمين ، لأن ربها لا يدعي تكذيبه، فبان أن من ادعى تكذيبه أشد . وأيضا فإن من أصلنا إذا استوت دعوى المتداعيين ، أن القول قول من ادعى عليه الضمان ، ففي المسألة الأولى استوت دعواهما ، لأن كل واحد منهما يدعي تكذيب صاحبه ، فجعلت القول قول من ادعى عليه الضمان ، فقد استوت دعواهما فاجعل القول قوله ، وهذا بيِّن ، وبالله التوفيق .

قال ابن حبيب : ومن استعار دابة لركوب أو حمل ، ثم ردها مع عبده أو أجيره

أو جاره ، فعطبت أو ضلت ، فلا يضمن ، لأن شأن الناس على هذا وإن لم يعلم ضياعها إلا بقول الرسول ، وهذا مأمون أو غير مأمون ، فذلك سواء ، ولا يضمن.

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن ركب دابة رجل إلى بلد ، وادعى أنه أعاره إياها ، قال ربها : بل اكتريتها منكم ، فالقول [ق / ٨٤/ ٨ب] قول ربها .

م : إنه ادعى عليه معروفًا .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون مثله ليس يكرى الدواب لشرفه وقدره ،وقاله أشهب .

قال في أول الكتاب : ولو استعار دابة ليحمل عليها ، فاختلفا فيما حمل عليها، صدق المستعير فيما يشبه ، يريد : مع يمينه .

قال : ولو استعار مهراً ، فحمل عيه حمل بز ، لم يصدق أنه استعاره لذلك ، وإن كان بعيداً صدق .

فصل

ومن استعار دابة ليحمل عليها حنطة ، فحمل عليها حجارة ، فكل ماحمل عليها مما هو أضر مما استعارها له فعطبت به فهو ضامن .

وإن كان مثله في الضرر لم يضمن ، كحمله عدسًا في مكان حنطة ، أو كتابًا أو قطنًا في مكان بز .

وكذلك لو اكتراها لحمل أو ركوب ، فأكراها من غيره في مثل ما اكتراها له فعطبت ، لم يضمن .

وإن أكتراها لحمل حنطة فركبها فعطبت ، فإن كان أضر وأثقل ضمن ، وإلا فلا.

م : وإذا استعارها لحمل شيء فحمل غيره أضر ، فإن كان الذى زاد مما تعطب في مثله فعطبت ، خير رب الدابة في أن يضمنه قيمتها يوم تعديه ، ولا شيء له غير ذلك ، وإن أحب أن يأخذ كراء فضل الضر وأخذه ، ولا شيء له غير ذلك ، ومعرفته أن يقال : كم يساوى كراؤها فيما استعارها له ؟

فإن قيل : عشرة ، قيل : وكم يساوى كراؤها فيما حمل عليها ؟ فإن قيل : خمسة عشر ، دفع إليه الخمسة الزائدة على كراء ما استعارها له . فإن كان ما حمله عليها لا تعطب في مثله ، فليس له إلا كراء الزيادة ، لأن عطبها أمر من الله ليس من أجل الزيادة.

ومن « المدونة » : وإن استعارها ليركب إلى موضع ، فركب وأردف رديفًا تعطب في مثله فعطبت ، فربها مخير في أخذ كراء الرديف فقط ، أو تضمينه قيمة الدابة يوم أردفه .

قال أشهب في كتبه : ولا يلزم الرديف شيء وإن كان المستعير عديمًا ، وقد أخطأ من ألزمه كراء الرديف في عدم المستعير .

ولو كان الرديف عبدًا له أو لغيره ، لم يكن شيء من ذلك في رقبته ولا في ذمته، لأنه ركبها بوجه شبهه .

م : وقال بعض شيوخنا : هذا خلاف لابن القاسم ، بل عليه الكراء في عدم المستعير، كمن غصب سلعة فوهبها فهلكت ، إن الموهوب يضمن في عدم الغاصب .

م : وهذا إذا لم يعرف الرديف أنها مستعارة .

وأما إن علم فهو كالمستعير لربها أن يضمن من شاء منهما .

وفي كتاب الأكرية : ذكر المكترى يزيد في الحمل ما تعطب الدابة في مثله في الحمل أم لا .

فصل

وإن استعارها إلى مسافة فتجاوزها فتلفت ، فربها مخير في أن يضمنه قيمتها يوم تعدى ، أو كراء التعدى فقط .

وقال بعض فقهاء القرويين : لم يراع إذا جاوز المسافة هل جاوزها بما تعطب في مثله أم لا تعطب في مثله ، كما قال في زيادته على الحمل وضمنه قيمة الدابة ، وإن كانت لا تعطب في مثله ، وأمرهما سواء .

فإن قيل : إن من زاد في الحمل مأذون له في سيرها ، والذى جاوز المسافة غير

مأذون له في ذلك الزائد .

قيل : وهذا إنما أذن له في سيرها على صفة ، فإذا سيرها على خلافة ضمن وإن كان لا تعطب في مثله ، لأنه غير مأذون له فيه .

م : والفرق بينهما أن الذى زاد في المسافة تعدى على جملة الدابة ، فأشبه الغاصب لها ، والذى زاد في الحمل ما لا تعطب في مثله علمنا أن عطبها ليس لأجل الزيادة ، فكأنه لم يزد عليها شيئا وقد هلكت في موضع أذن له في سيرها فيه ، فافترقا .

فإن قيل : إن الزائد في المسافة كالذى أمره أن يضرب عبده عشرة أسواط ، فضربه أحد عشر ، فقد قال : إن خاف أن الحادى عشر أعان على قتله ضمن الضارب ، كالدابة في الحمل ، وكأنه قيل له : أحمل عليها عشر ويبات ، فرفع عليها ويبة ثم ويبة ثم ويبة حتى بلغ عشرة ، ثم زاد ويبة ، فهو كالدابة في الحمل .

ومن « المدونة » : قلت : فمن استعار دابة إلى مسافة فجاوزها بميل أو نحوه ثم رجع بها إلى الموضع الذى استعارها إليه ثم رجع ليردها إلى ربها ، فعطبت في الطريق الذى أذن له فيها ، هل يضمن ؟

قال : سمعت مالكًا سئل عن من تكارى دابة إلى ذى الحليفة فتعداها ، ثم رجع فعطبت بعد أن رجع إلي ذى الحليفة ، فقال : إن كان تعدى إلى مثل منازل الناس ، فلا شيء عليه ، وإن جاوز ذلك بمثل الميل والميلين ضمن .

وقال ابن الماجشون في « الواضحة » : لا يضمن في مثل هذا .

قال ابن حبيب كقول مالك فيمن تعدى فتسلف من الوديعة ثم ردها إلى موضعها، ثم سرقت بعد ذلك أنه لا يضمن ، فهذا مثله .

م : وقد تقدم هذا في «الأكرية» موعبًا .

قال ابن القاسم : وإن أمرت من يضرب عبدك عشرة أسواط ففعل ، فمات العبد منها، فلا شيء لك عليه ، واستحب له مالك أن يكفر كفارة الخطأ .

وإن ضربه أحد عشر سوطًا أو عشرين سوطًا فمات من ذلك ، فإن زاد زيادة أعانت على قتله ، ضمن .

وقال سحنون : يضمن ولو زاد سوطًا واحدًا .

وقال بعض أصحابنا : شبهه ابن القاسم بالذى يزيد في الحمل ، فينظر إلى ما تعطب في مثله أم لا ، وشبهه سحنون [ق / ٨٥/ ٨ب] بمثل الزيادة على المسافة .

م : القدر المأمور به كالمسافة المحدودة ، والزائد على العدد كالزائد على المسافة ، وهذا أقيس ،وكأن ابن القاسم رأى هذا كزيادة في الحمل فعطبت ، كمن أذن له أن يحمل عليها عشرة أرطال ، فحمل عليها رطلاً ثانيا وثالثا حتى بلغ أحد عشر قبل أن يبرح بها ، ثم سار فعطبت ، فهو كالدابة في الحمل .

فيمن أعار عرصة للبناء أو الغرس أو الزرع ، ثم أراد إخراجه ، وكيف إن شرط أن يترك له البناء والغرس إذا خرج ، وما يجوز من المغارسة

قال مالك : ومن أذنت له أن يبنى في أرضك أو يغرس ، فلما فعل أردت إخراجه ، فأما بقرب إذنك له مما لا يشبه أن تعيره إلى مثل تلك المدة القريبة ، فليس لك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق .

وقال في باب بعد هذا : قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد .

م : قال بعض أصحابنا : تأول في هذين القولين ثلاث تأويلات :

أحدها : أن يكون له قيمة ما أنفق إذا أخرج من عنده شيئا من أجر أو أجير أو نحوه.

وقوله : ما أنفق إذا أخرج ثمنًا فأشترى به هذه الأشياء ، ويحتمل أن يكون قيمة ما أنفق إذا طال الأمد ، لأنه يتغير بإنتفاعه ، وما أنفق إذا كان بالقرب جدًا ، يريد : هذا أنه إذا شرط فيما أنفق اليوم واليومين .

فعلى هذين التأويلين لا يكون اختلافًا .

والوجه الثالث : أنه إنما يعطى ما أنفق إذا لم يكن فيه تغابن ، أو يكون تغابن يسير .

ومرة رأى أن القيمة أعدل ، إذ قد تسامح مرة فيما تشتريه ، ومرة فيما يغبن

فيه .

وإذا أعطى قيمة ذلك يوم بنائه لم يظلمه ، فيكون على هذا اختلاف من قوله .

م : وهذا التأويل والتأويل الأول محتملان ، وأما التأويل الأخير فخطأ ، لأنه إنما يعطيه قيمة ما أنفق يوم البناء ، فلا يراعى تغير أو لم يتغير ، ولو عكس هذا لكان أولي، لأن ما تقدم تغير القيمة فيه يوم البناء متعددة لتغيره ، ولا يتحقق كيف كان حاله يوم البناء، فيجب أن يعطيه ما أنفق لهذا ، وما كان بالقرب لم يتغير فالقيمة فيه متخلصه ، وإذا أعطيها لم يظلم ، لأنها متوسطة بين ما غبن أو ما غبن ، فكيف وهذا إذا طال الأمد بما ينقص فيه فهو يخرجه ويعطيه قيمته مقلوعًا ، لأنه مثل ما يعار إلى مثله .

قال أبو محمد : وروى الدمياطى عن ابن القاسم أنه قال : وإن لم يضرب له أجلاً فبنى ، فليس له إخراجه حتى يبلغ ما يعار إلى مثله من الأمد .

م : صواب لأن العرف كالشرط . وذكر أشهب في كتبه أن المستعير إذا فرغ من بنائه وغرسه ، إن لرب الأرض أن يخرجه فيما قرب أو بعَد ، لأنه أعاره إلى غير أجل ، وهو فرَّط إذ لم يضرب أجلاً ، ويعطيه رب الأرض قيمة ذلك مقلوعًا ويأخذه، أو يأمره بقلعه.

وروى عنه الدمياطى أن له أن يخرجه متى شاء إذا كان لحاجته إلى عرصته أو إلى بيعها، سواء تقدم بينهما شرط أم لا ، وإن كان لغير حاجة ولكن لشرط وقع بينهما ، فليس ذلكِ له .

وقال أصبغ : إذا لم يسكن فليس له إخراجه أصلا وإن أعطاه قيمته قائمًا إلا برضاه ، وبه أخذ يحيى بن عمر .

وقال سحنون : ومن أصحابنا من يقول : يعطيه قيمته قائمًا ، وهو المغيرة وابن كنانة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أردت إخراجه بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله فلك أن تعطيه قيمة البناء والغرس مقلوعًا .

قال محمد : بعد طرح أجر القلع وإلا أمرته بقلعه ، إلا أن يكون مما لا قيمة له

ولا نفع فيه إذا قلع ، مثل الجص ونحوه ، فلا شيء للبانى فيه .

وكذلك لو ضربت لعاريته أجلاً ، فبلغه ، وليس لك ها هنا إخراجه قبل الأجل وإن أعطيته قيمة ذلك قائما .

وكذلك لو لم يبن ولم يغرس حتى أردت إخراجه ، فليس ذلك لك قبل الأجل، ولو لم تضرب أجلاً كان ذلك لك ، وقاله أشهب .

قال أشهب في كتبه : وكذلك من قال لرجل : قد أعرتك دابتى ، إن قال : إلى موضع كذا، أو كذا وكذا يومًا ، أو حياتك ، فليس له أن يرجع في شيء من ذلك إلا إلى الأجل المسمى .

وإن لم يزد على أن قال : قد أعرتك ، فله أن يرجع متى شاء .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا سميت له أجلاً ولم تسم ما يبنى ويغرس، فليس لك منعه مما يبنى ويغرس إلا مما يعلم أنه يضر فيه بأرضك وإذا أراد البانى أن يخرج قبل الأجل ، فله قلع بنيانه أو غرسه إلا أن تعطيه قيمته مقلوعًا إن كان فيه إذا قلع منفعة ، ورا فلا شيء له عليك .

وقال ابن حبيب في «كتاب الصدقات» : قال مطرف وابن الماجشون : قال مالك: ومن بنى في أرض قوم أو غرس بإذنهم أو علمهم فلم يمنعوه ولا أنكروا عليه، فله قيمة ذلك قائمًا كالبانى بشبهة ،وكذلك من تكارى أرضًا أو منحها إلى أجل أو إلى غير أجل ، أو بنى في أرض زوجته أو أرض بينه وبين شركائه بإذنهم أو بعلمهم فلم ينهوه ، فإن له قمة ذلك قائمًا .

وأما كل من بنى في أرض غيره من زوجة أو شريك [ق / ٨٦/ ٨ب] أو غيره بغير إذن ربها أو علمه ، فله قيمة عمله منقوضًا .

قال : قلت لهما : روى لنا عن مالك أن له قيمة عمله منقوضًا ، بنى بإذن رب الأرض أو بغير إذنه .

قالا : ما علمنا أن مالكًا اختلف قوله في هذا ولا أحدًا من أصحابه ابن أبى حازم والمغيرة وابن دينار وغيرهم ،وبه كان يقضى قضاة المدينة قديمًا وحديثًا ، وقد وهم ناقل هذا عن مالك .

قال ابن حبيب : وهو قول ابن كنانة وابن نافع وجميع المدنيين .

وقال ابن القاسم بالقول الآخر ، ورواه عن مالك ، وقاله أصبغ ، وبقول المدنيين أقول .

وروى مثله عن ابن مسعود وشريح ، ورواه ابن وهب عن النبى ﷺ .

قال مطرف وابن الماجشون فيمن أذن لرجل أن يبنى في عرصته على أن يسكن إلى أجل يؤقته له ، على أنه إذا خرج قلع بنيانه وذهب به وترك عرصته .

قالا : فالشرط باطل ، لأنه من الضرر ، وله قيمته قائما إذا تم الأجل .

م : قال النبى ﷺ : « **المؤمنون عند شروطهم** » [1] وليس هذا من الضرر ، لأنه دخل عليه .

ابن حبيب : قالا : ولو شرط في أصل العقد أن له إذا تم الأجل قيمته قائمًا فإن الشرط يفسده ، كأنه أكراه الأرض تلك المدة بما يغادر فيها من البناء بقيمته يوم تركه، وهذا من الغرر والسلف يجر منفعة ، فإذا بنى على هذا فله الأقل من قيمة بنيانه قائمًا يوم فرغ منه أو ما أنفق فيه ، ثم يكون لرب العرصة قيمة كرائها مبنية من يوم سكن .

م : إذا كان الحكم يوجب له عنده قيمته قائما فوجب ألا يفسد الشرط ، لأنه شرط لم يؤثر أثرا ، فهو كما لو لم يشترطه ، لو كان هذا الشرط يفسده لما كان يجوز أن يعيره على أن يبنى فيها بناءً ،لأنهما عالمان أن الحكم يوجب له قيمته قائمًا ، فكأنما عليه دخلا ، وإن لم يلفظ به فقد أضمراه ، فيجب أن تدخله العلة التى علل بها في الشرط ، فيفسد أيضا كما فسد بالشرط ، وهما يجيزانه إن لم يشترط ، فهذا تناقض، والله أعلم .

قال ابن حبيب : وقال أصبغ مثل قولهما إذا شرط له قيمة بنيانه قائمًا ، وأجازه إن شرط له قيمة منقوضًا ،لأن ذلك الذى يجب له في قوله في الحكم .

م : هذا فقه جيد .

ومن « العتبية » : قال أشهب عن مالك : ومن أذن لجاره في غرز خشبة في جداره ففعل ، ثم أراد نزعها ، فليس له ذلك ، وهذا من الضرر الذى نهى عنه النبى

---

(١) تقدم .

عليه السلام، إلا أن يكون احتاج إلى جداره بما لم يرد به الضرر .

وأما إن أراد البيع فطلب نزعها ليزيده المشترى في الثمن ، فليس له ذلك ، أرأيت إن كان المبتاع عدواً له .

قيل : فإن ذلك على الصحة .

قال : ليس له ذلك .

م : وقيل : ليس له ذلك على كل حال .

وفي «كتاب نفي الضرر» إيعاب هذا .

ومن «كتاب العارية» : قال ابن القاسم : وإن أعرته أرضك للزرع فزرع ، فليس لك إخراجه حتى يتم الزرع ، إذ ليس مما يباع حتى يطيب ، فتكون فيه الآن القيمة ، وليس لك أخذه بكراء من يوم رُمْنَ إخراجه ولا فيما مضى ، إلا أن تكون إنما أعرته للثواب ، فهذا بمنزلة الكراء .

م : **قال بعض أصحابنا** عند غير واحد من شيوخنا : إذا أعراه أرضًا ليزرعها ، فليس له إخراجه قبل أن يزرع ، لأن أمد الزراعة معلوم ، فهو كضرب الأجل .

قال ابن القاسم : وإن أعرته أرضك ليبنى فيها ويسكن عشر سنين ثم يخرج ويدع البناء لك ، فإن بيَّن صفة البناء ومبلغه وضرب لذلك أجلاً ، فذلك جائز وهى إجارة .

وإن لم يصفه لم يجز .

وإن وصفه وقال : أسكن ما بدا لى - ولم يضرب أجلاً - فمتى خرجت فالبناء لك ، لم يجز ، فإن بنى على هذا وسكن فله قلع بنيانه ، إلا أن تأخذه بقيمته مقلوعًا ولا ينقضه، ولك عليه كراء أرضك على كل حال .

قال بعض الفقهاء من القرويين : سكن عن العشر سنين ، ولا يجوز ذلك ، لأن البناد يتغير في مثل هذا الأمد ، كما لا يجوز بيع دار استثنى البائع سكناها إلى مدة عشر سنين ونحوها ، إذ لا يدرى كيف يكون البناء إلى ذلك الأمد ، ولو أمكن أن يكون البناء متقنًا لا يتغير إلى مثل ذلك الأمد لجاز .

قال : وإذا بيَّن البناء ولم يضرب أجلاً ،فله قيمة البناء منقوضًا وعليه كراء العرصة .

فصل

وإن أعرته أرضك عشر سنين على أن يغرس فيها أصولاً على أن يكون لك بعد المدة شجرها ، لم يجز ، إذ لا يدرى كيف يكون الشجر عند انتهاء المدة ، إذ ليس للشجر حد معروف والمغارسة من ناحية الجعل ، وإنما يجوز أن تعطيه أرضك يغرسها أصولاً ، نخلاً أو كرمًا أو فرسكًا أو تينًا وشبه ذلك ، فإذا بلغت شباب كذا فالشجر والأرض بينكما على النصف أو الثلث أو ما سميتما .

وإن أعطيتها له سنتين أو ثلاثا يغرسها شجر كذا ، فإذا خرجت من الأرض فهى لك، لم يجز ، بخلاف البناء لغرر الغراسة ، إذ لا يدرى ما ينبت منها ، كما لو استأجرته يغرس لك كذا وكذا شجرة مضمونة عليه إلى أجل ، لم يجز .

ولو كان بناءً معلومًا يوفيكه [ق / ٨٧ / ٨ب] إلى أجل معلوم ، جاز .

وقد تقدم إيعاب هذا فيكتاب الأكرية .

فصل

ومن استعار مسكنًا عشر سنين ثم مات ، فورثته بمثابته ، كان قد قبضه أو لم يقبضه.

فإن كان المعير قبل القبض ، يطلب العارية .

وإن مات بعد القبض ، نقد ذلك كله إلى أجله .

ما جاء في العمرى والرقبى والإخدام

روى أن النبى ﷺ قال : « **المسلمون عند شروطهم** » (١) ، والحديث الآخر رواه جابر : « **من أعمر عمرى فله ولعقبه** » (٢) ، فإنها للذى يعطاها لا ترجع للذى أعطاها ، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فإذا أعمر له والعقبه ، فهذا سبيله ما دام أحد من العقب الذين توارثوا تلك المنافع أن يكون موقوفًا ، فأما من أعمر ولم يقل : ولعقبه ، لم يجز دخول العقب فيه ، إذ الحديث إنما جعله للعقب المشترط ، و « أعمرتك » إنما هو مأخوذ من العمرى ، ولا فرق بين أن يسكنه عمرة ، أو يسمنه

---

(١) تقدم .

(٢) أخرجه مسلم (١٦٢٥) .

حياة فلان ، أو إلى قدوم فلان ، لأن ذلك كله مجهول ، فما وجب في أحد هذه الوجوه وجب في بقيتها ، ويدل على أن ذكر العقب يرجع بعد نقاذ العقب إليه أن مفهوم قول النبى عليه السلام : « **من أعمر عمرى فله ولعقبه** » ، إنما هو تمليكه النفع دون الأصل ، وهو الذى جرت فيه المواريث في ذلك النفع، وذلك أنه ليس كتوارث الأصل ، وأن وارث تلك المنافع العقب دون الزوجة ومن ليس من العقب المعروف ، فلما حصل في قوله : فإنها للذى يعطاها ، أنه النفع دون الأصل ، وانقرض العقب ولم يكونوا ملكوا الأصل لم يبق إلا أن الأصل راجع إلى ملكه، فهذا دليل أن قوله: لا يرجع إلى الذى أعطاها ، أنها المنافع وهى التى توارثها العقب ، وهى التى جعل لها النفع ما دام ذلك العقب قائمًا مع وجود العمل بالمدينة على ما تأولنا من ذلك ، وما جرت به عوائد الناس من أشراطهم في أموالهم ، لا يتجاوز ما شرطوه إلا بإذنهم .

قال ابن القاسم عن مالك : ومن أعمر رجلاً دارًا حياته ، رجعت بعد موته إلى المعطى ، والناس عند شروطهم .

قال ابن القاسم : وتكون العمرى في الرقيق والحيوان كله ، ولم أسمع ذلك في الثياب ، وهى عندى على ما أعارها عليه من الشرط .

فصل

ولم يعرف مالك الرقبى ، وفسرت له فلم يجزها ، وهى أن تكون الدار بين رجلين على أن من مات منهما أولا فنصيبه حبس على الآخر .

قال ابن القاسم : وسألنا مالكًا عن العبد بينهما بِحسبانه على أن من مات منهما أولاً فنصيبه يخرم آخرهما موتًا حياته ثم يكون العبد حرًا بعده مكانه ، فلم يجزه ، إلا أنه قد ألزمها العتق إلى موتهما ، ومن مات منهما أولا فنصيبه يخدم ورثته دون ورثة صاحبه ، ويبطل ما أوصى به في الخدمة ، لأنه خطر .

وإن كان أحدهما كان نصيب كل واحد منهما حرًا من ثلثه ، كمن قال : إذا مت فعبدى يخدم فلانًا حياته ثم هو حر .

م : فألزمها العتق ، لأنه كالمعتق إلى أجل ، كقوله : أنت حر بعد موت فلان ،

وجعله من الثلث ، فقوله : أنت حر بعد موتى ، فجمع له الحكمين لقوله : بعد موتى وموت فلان .

ومن « المدونة » : ولو قال : عبد حر بعد موت فلان ، كان من رأس المال ، وكذلك لو كان ذلك في العبد الذى بين الرجلين فمات أحدهما لكان نصيب الحى حرًا من رأس ماله في قوله : نصيبى منه بعد موت فلان حر .

في عارية ما لا يعرف بعينه ، وهلاك العارية فيما استعيرت له ، وعارية العبد واستعارته

قال مالك : ومن استعار دنانير أو دراهم أو فلوسًا أو طعامًا ، فذلك سلف مضمون لا عارية .

قال مالك : فيمن حبس على رجل مائة دينار ، فتجر بها أمدًا معلومًا ، فإنه ضامن لما نقصته وهى كالسلف ، وذلك جائز ، فإن شاء قبلها على ذلك ، أو ردها فترجع ميراثًا.

وقال مالك في امرأة حبست دنانير على ابنة ابنتها على أن تنفق منها إذا أرادت الحج أو نفست ، فذلك نافذ فيما شرطت ،وليس للابنة أن تتعجلها قبل ذلك على أن تضمنها .

فصل

ومن استعار سيفًا ليقاتل به فضرب به فانكسر ، لم يضمن ، لأنه فعل ما أذن له فيه، وهذا إذا كانت له بينة ، أو عرف زنه كان معه في اللقاء ،وإلا ضمن .

قال سحنون : ولعله ضرب به ضربًا أخرق فيه .

وقال ابن القاسم في « العتبية » : إذا استعار ثوبًا أو منشارًا أو فأسًا أو غيره مما يغاب عليه ، فيأتى به مكسورًا وهو يقول : نابه فيما استعرته له ، إنه ضامن ولا يصدق ، وقاله ابن وهب وقاله أشهب في «كتابه» .

فقال عيسى : لايضمن إذا ذكر ما يشبه ويرى أن يصيبه ذلك في ذلك العمل ، فذلك لا يخفي .

وذكر ابن حبيب عن مطرف وأصبغ مثل قول عيسى ، وتفسيره في الفأس

والسيف والمحفة وما يغاب عليه ، ولا يضمن إذا جاء بما يشبه ، وابن القاسم يضمنه، وبقول مطرف أقول .

م : وهو عندى أبين .

في عارية العبد بغير إذن سيده ، واستعارته بإذنه أو غير إذنه ، واختلاف المستعير والمعير والرسول

[ق/٨٨/٨ب] قال : وليس للعبد أن يعير شيئًا من متاعه ،ولا يدعو إلى طعامه إلا بإذن سيده ، وهذا في المأذون مذكور .

ومن « **العتبية** » : قال عيسى عن ابن القاسم في الأمة أو الحرة تأتى قومًا تستعير منهم حليًا لأهلها وتقول : هم بعثونى ويتلف ، فإن صدقها أهلها ، فهم ضامنون ويبرأ الرسول.

وإن جحدوا حلفوا وبرؤا ، ويحلف الرسول لقد بعثوه ، ويبرأ لأن هؤلاء قد صدقوه أنه مرسل ، وإن أقر الرسول أنه تعدى وهو حر ، ضمن .

وإن كان عبدًا كان في ذمته إن عتق يومًا ما ، ولا يلزم رقبته بإقرار .

ولو قال الرسول: أوصلت لك إلى من بعثنى ، لم يكن عليه وعليهم إلا اليمين.

وقال سحنون عن أشهب : إذا قال العبد : سيدى أرسلنى فأوصلت العارية إليه، أو تلفت ، والسيد منكر ، فذلك في رقبته كالجناية ، ولو كان حرًا كان ذلك في ذمته.

وسألت عنها ابن القاسم فقال : إن أقر السيد غرم ، وإن أنكر فذلك في رقبة العبد ، لأنه خدع القوم .

قال أبو محمد : أراه إذا ثبت أخذه له بينة .

ومن سماع ابن القاسم قال : قال مالك في أمة جاءت إلى جارتها بقلادة استعارتها لها ، فأنكرت وقبلتها لتردها على أهلها فتلفت ، فهى ضامنة لقبولها لها ، والقول في صفتها ووزنها قول الضامنة مع يمينها ، ثم تغرم قيمة تلك الصفة .

فصل

وقد تقدم إيعاب القول في اختلاف المستعير والمعير والرسول أول الكتاب فأغنى عن تكرير جميعه ، وزاد بعض فقهاء القرويين زيادات ،أنا أذكرها .

قال : إذا قال المعير : أعرتك الدابة إلى طرابلس ، وقال المستعير إلى مصر ، فإن لم يركب ، أو ركب إلى طرابلس خاصة ، فلا شك أن القول قول المعير ، ويحلف لئلا يؤخذ ماله يدعوا من ادعى عليه .

وأما إن بلغا إلى مصر ، فقال ابن القاسم : القول قول المستعير ويحلف .

وقال في مسألة الرسول : القول قول المعير ويحلف .

قال : ولا فرق بينهما في التحقيق ، وإنما هو اختلاف قول ، فمرة جعل المستعير لما ركب ، حيث ادعى بعد إقرار المعير ، فالإذن في الركوب صار المستعير مدعى عليه التضمين ، فالقول قوله ويحلف كما قال ابن القاسم ، إذا أمرته أن يشترى ثمرًا فاشترى لك قمحًا ، قوال : بذلك أمرتنى ، إن القول قول المأمور ويحلف ، لأنه مدعى عليه التضمين بعد إقرار الأمر أنه أذن له في الشراء .

قال : وإذا قلنا : إن القول قول المعير ، فلأنه لا يؤاخذ بغير ما أقر به ،وكان يجب على أصل أشهب أن يكون القول قول المعير .

وقد قال أشهب في هذا : إن القول قول المستعير فيطرح الضمان عنه ، والقول قول المعير في الكراء ، لأنه يؤخذ بغير ما أقر له ، فإن قال الرسول : ما أمرتنى أن أستعير إلا إلى طرابلس ، وقال المستعير : ما أمرتك إلا إلى مصر .

قال : لا يكون الرسول شاهدًا فذلك صواب ، لأنه يكذب من أمره ، فلا يكون شاهدًا عليه ، وكذلك لا يمكن أن يكون شاهدًا على الكعير ، لأنه خصمه .

فيمن اكترى دابة فعطبت تحته ، وفي الشهادة لمن اعترف دابة لمستحقها ، ومن اكترى دابة فعطبت تحته ثم استحقت

فليس لربها أن يضمنه قيمتها ، بخلاف من ابتاع طعامًا فأكله ، وإنما يضمن ما هلك بانتفاعه ، وهذا وما أشبهه في الغصب مذكور .

قال ابن القاسم : ومن اعترف في دابة أنها له وأقام البينة ، سألهم القاضى عن علمهم ، فإن شهدوا له أنهم لا يعلمون أنه باع ولا وهب ، قضى بشهادتهم بعد يمينه على البت أنه ما باع ولا وهب ولا خرجت من ملكه بوجه من الوجوه ، فإن شهدوا أن الدابة له ، ولم يقولوا : لا نعلم أنه باع ولا وهب ولا تصدق ، حلف على البت أنه ما باع ولا وهب كما ذكرنا ، ويقضى له .

قال أشهب في «كتابه» : هذا إن لم يقدر على كشف البينة ، وأما إن وقفوا فأبوا أن يقولوا إنهم لا يعلمون أنه ما باع ولا وهب ، فلا شهادة لهم .

ومن كتاب العارية : قال مالك : وإن شهدوا على البت أنه ما باع ولا وهب ، كانت شهادتهم زورًا ، يعنى كذبًا لا يسلك بها مسلك شهادة الزور في العقوبة ، ورد الشهادة أبدًا، إنما تسقط في هذا فقط .

تم «كتاب العارية» بحمد الله وعونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

ما يلزم من الوعد وما لا يلزم من كتاب العدة

من « **العتبية** » : قال ابن القاسم عن مالك فيمن سأل رجلاً أن يهب له دينارًا ، فقال له : نعم أنا أفعل ، ثم بدا له : فما أرى ذلك يلزمه .

ولو كان في قضاء دين فسأله فقال : نعم ، ورجال يشهدون عليه ، فما أحرى أن يلزمه ، والشهادة في ذلك أبين ،وما أحقق إيجابه .

قال ابن القاسم : وإذا أقعد الغرماء منه على وعد ،وأشهد بذلك ، بأن يقول : أشهدكم أنى قد فعلت ، فذلك يلزمه .

قال أشهب وابن نافع : عن مالك فيمن حلف لغريمه ليوفينه حقه إلى أجل كذا، فلما خشى الحنث ذكر ذلك لرجل ، فقال له الرجل : لا تخف أنا العشية أقضيكما، فأتاه فأبى أن يعطيه شيئا ، أتري ذلك يلزمه ؟

فقال : لا والله ما يلزمه ، فقال له : أنا أسلفك [ق / ٨٩ / ٨ب] فلم يسلفه ، أنا أعيرك فلم يعره ، أنا أهبك فلم يهبه ،ما أرى له عليه شيئا ، وأما فيما بينه وبين

الله تعالى، فما أدرى كيف هو ، وما هذا من مكارم الأخلاق .

قيل لسحنون : ما الذى يلزم من العدة ؟

قال : أن يقول الرجل للرجل اهدم دارك وأنا أسلفك ، أو أخرج للحج ،أو اشترى سلعة كذا ، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك ، فكل ما أدخله فيه بموعده فيلزمه .

وأما أن يقول : أنا أسلفك ، أنا أعطيك ، بغير شيء ألزمه نفسه ، فلا يلزمه .

وقال أصبغ : الذى يقضى به من ذلك الرجل يقول للرجل : إنى أريد أن أنكح فأسلفنى مائة دينار أقضيكما إلى أجل كذا ، فيقول : نعم ، فذهب ينكح أو لم ينكح ، ثم بدا للرجل أن يسلفه ، فهذا يلزمه أن يسلفه ، نكح أم لا إذا كان إنما وعده على سبب النكاح .

وكذلك لو قال له: أعرنى دابتك أركبها غدًا إلى موضع كذا ـ لحاجة له وسماها ـ فأنعم له بذلك ، ثم بدا له ،فإنه يلزمه أن يعيره ، ويحكم عليه بذلك .

وكذلك إن قال له : أسلفنى كذا لشراء حاجة أو دابة أو سلعة من السلع ، فقال: نعم ، ثم بدا له ، فإنه يحكم عليه به ، اشترى ذلك أم لا .

وكذلك لو سأله في مال يقضيه لغرمائه ، فأنعم له ، ثم بدا له ، فإنه يلزمه .

قلت : فلم يلزمه ، وإنما هو وعده ولم يتسبب بسبب عدة في نكاح ولا شراء ولا تجهز لسفر ؟ قال : إنما يلزمه ذلك ، لأن وأى المؤمن واجب ، حدثنى ابن وهب عن هشام بن سعد يرفعه إلى رسول الله ﷺ قال : « **وأى المؤمن واجب** » ، وتفسير الوأى العدة ، وقضى بها عمر بن عبد العزيز .

قال : والعدة التى لا تلزم ، أن يقول لك رجل : أسلفنى ذا ، أعرنى دابتك غدًا ، فيعد لغير سبب حاجة يريد الدخول فيها ، فهذا لا يلزمه .

قال : ومما يلزمه أن يقول له : إنى أريد أن أجمع الأزواج للحرث ، فأعرنى زوجك غدًا، فقال : نعم، قم بدا له، فإنه يلزمه إذا كنت أخبرته بجمعك للأزواج.

وكذلك لو كان لك على رجل دين ، فسألك أن تؤخره إلى أجل كذا ، فقلت : أنا أؤخرك ، ثم بدا لك ، لم يكن ذلك ، وقد لزمك تأخيره إلى الأجل ، وسواء قلت له : أنا أؤخرك وقد آجرتك في الحكم عليك ، غير أن قولك : أنا أؤخرك عِدَة

تلزمك ، وقولك : آجرتك شيء ، وجب عليك ، كأنه كان في أصل الحق لم تبتدئه الساعة ، وهو أوجب وآكد وإن كان لازمين جميعا .

قيل له : فإن قال له : أسلفنى كذا فإنى أريد النكاح ، أو شراء سلعة ، ولم يذكر الطالب أجلاً ، فقال له : أنا أسلفك ، ثم بدا له ، المطلوب يلزمه ، سمى له أجلاً أم لا ، وليس له أخذه منه من ساعته حتى ينتفع بذلك المسلف ، ويقضى لذلك بقدر ما يرى أن مثله يسلف مثله ، يجتهد في ذلك الإمام فيما يرى من حال الرجلين من قوة المسلف في النظرة وقوة المستلف على القضاء في قرب ذلك وبعده ، فيعمل على قدر ذلك ، وإما أن يقضى عليه بالسلف ثم يطلبه في المجلس فهذا لا يكون ، وكأنه سلف لم يتم الحكم به ولا القضاء فيه .

فصل

قال أشهب : عن مالك فيمن قال لبيعه : بع ولا نقصان عليك ، ثم رجع عن ذلك: فإن قال له : غرماؤنا رأيته لازمًا له إذا كان لك بعد إيجاب البيع الأول .

فإن باع ثم ادعى نقصانًا صدق فيما يشبه وليحلف .

قال عنه ابن القاسم : ولو ابتاع منه السلعة على أن لا نقصان عليه ، شرط ذلك في أصل البيع .

قال مالك : ليس هذا بيعًا ، فإن باع فله إجازته ، وإن أدرك قبل أن يفوت فسخ، وإن كان عبداً فمات ، كانت مصيبته من البائع .

وأما إن أعتقه الذى اشتراه على هذا الشرط ، فعتقه جائز وعليه قيمته .

وكذلك إن كانت جارية فأحبلها فهى أم ولد له ،ويمضى البيع بالقيمة ، لأنه أمر قد اختلف فيه ، ولقد كان عبد العزيز بن أبى سلمة وغيره يقول : إن مات العبد فمصيبته من المبتاع ، ولك أن تتبع مالكًا في لموت .

قال أصبغ : وقال ابن القاسم : إن كانت جارية فوطئها المبتاع ، فحملت أو لم تحمل ، أو أعتقها أو وهبها أو تصدق بها ، فإنها تكون عليه بالثمن الذى اشتراها به، لأن ذلك منه رضا بالثمن إذا فعله ، وهو القياس ، لأنى إن جعلته أجيرًا لم يجز بيعه ولا هبته ، ولا تكون له أم ولد ، وحادَّته في وطئه وإن جعلته بيعًا فاسدًا وألزمته القيمة ، لم يحمله القياس ، وأحب إليَّ أن يلزمه الثمن في الفوت ،وأُعِدُّه رضاً منه

بالثمن .

قال عيسى : قلت لابن القاسم : فإن قال له بعد عقد البيع : بع ولا نقصان عليك ، ولم يقله في العقد .

قال : ذلك يلزمه إذا باع بنقصان ، وقاله مالك .

وقال أصبغ : فإن كان عبدًا فأبق أو مات ، وكان الشرط بعد عقد البيع ، ففيه اختلاف ، والذى أقول به أنه موضوع عن المشترى ، وأما إذا ذهب لثوب فلا يقبل قوله إلا ببينة ، وإلا فهو منه ، ولا يحل للمشترى أن يطأ إذا رضى بهذا الشرط .

قال لى ابن القاسم : فإن وطئ لزمته الجارية بجميع الثمن ، لأنه ترك ما جعل له.

قال عيسى : قلت لابن القاسم : فرجل اشترى سلعة من رجل ونقد الثمن أو لم ينقده ، ثم جاد بعد ذلك ليستوضعه فقال له : بع [ق / ٩٠ / ٨ب] ولا نقصان عليك.

فقال : لا بأس بذلك ، إلا أن يكون لم ينقده، فيقول له، انقدنى وبع، ولا نقصان عليه فلا خير فيه ، لأنه تكون فيه عيوب وخصومات .

قلت : فإن اشترى طعامًا فوجده مسوسًا ، فسخطه .

فقال له البائع : بع ولا نقصان عليك ، فحمله في سفينة فغرقت قال : مصيبته من البائع ، لأن البيع الأول لم يتم ، وإنما هو بيع حادث ، فضمانه من البائع ويعطى للمشترى أجرة حمله .

وقال أصبغ : عن أشهب فيمن اشترى كرمًا ، فخاف الوضيعة . فقال له البائع: بع وأنا أرضيك ، فقال : إن باع برأس المال أو بربح ، فلا شىء له ، وإن باع بنقصان فعليه أن يرضيه ، فإن زعم أنه أراد شيئا سماه ، فهو ما أراد . وإن لم يكن أراد شيئا ، أرضاه بما شاء ، وحلف أنه ما أراد أكثر منه يوم قال ذلك له .

وسألت عنها ابن وهب فقال : عليه أن يرضيه فيما بينه وبين ثمن السلعة ، والوضيعة فيها .

قال أبو محمد : يريد فيما يشبه الوضيعة في ثمن تلك السلعة .

تم كتاب العارية من الكتاب الجامع بحمد الله وعونه .

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله

كتاب الاستحقاق

القضاء فيما يستحق من يد مكترٍ أو مشترٍ أو وارث أو غاصب وقد زرع أو بنى أو سكن

قال الرسول عليه السلام : « **الخراج بالضمان** » ، وقال : « **من أحيى أرضًا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق** » ، والغاصب هو العرق الظالم .

قال هشام بن عروة : والعرق الظالم أن يغرس في أرض غيره .

قال ابن ربيعة : العروق أربعة : عرقان فوق الأرض ، وهما الغرس والبناء .

وعرقان في جوفها ، وهما المياه والمعادن .

قال ابن القاسم: فيمن اكترى أرضًا سنين للبناء والغرس والزرع ، فبنى فيها أو غرس أو زرع ، وكانت تزرع السنة كلها ، ثم قام مستحق قبل تمام الأمد ، فإن كان الذى أكراها مبتاعًا ، فالغلة له بالضمان إلى يوم الإستحقاق ، وللمستحق أن يجيز كراء بقية المدة ، أو يفسخ ولا يجيز الكراء فيما بقى على مذهب من لا يجيز جمع السلعتين للرجلين في البيع حتى يعلم ما ينوب ما بقى ليجيز بثمن معلوم .

قال : فإن أجاز له ، فله حصة الكراء من ذلك اليوم ، ثم له بعد تمام المدة أو يدفع إلى المكترى قيمة البناء والغرس مقلوعًا .

قال ابن المواز : بعد طرح أجر القلع ، إذ على ذلك دخل المكترى .

قال ابن القاسم : وإن شاء أمر صاحبه بقلعه ، وإن فسخ الكراء قبل تمام المدة لم يكن له قلع ذلك ولا أخذه بقيمته ملوعًا ، ولكن يقال له : ادفع قيمة البناء والغرس قائمًا ، يريد : أن يقلع إلى وقته ، فإن أبى قيل للمكترى : أعطه قيمة أرضه ، وإن أبى كانا شريكين ، وكان عليه في الزرع إذا فسخ الكراء والصبر إلى انقضاء البطن التى أدركها ، وله فيها الكراء من يومئذ على حساب السنة .

م : انظر كيف صفة تقويم البناء على أن يقطع إلى عشر سنين ، فإن قلت : بكم يمكن أن يبنى مثله على أن يقلع إلى عشر سنين ، فالقيمة لا يحلف ، سواء قال : إلى سنة أو إلى عشر سنين .

وكذلك قال ابن القاسم : يدفع إليه قيمة البناء قائمًا ، ولم يحده بوقت ، وإنما يصح ذلك على تأويل ابن حبيب الذى يقول : معنى قوله : قائمًا ، هو ما زاده البناء في قيمة الأرض ، فيقال ها هنا على هذا القول : كم قيمة الأرض براحًا ؟

فإن قال : مائة ، فيقال : وكم قيمتها بهذا البناء على أن يقلع إلى عشر سنين ؟

فيقال : مائة وخمسون ، فيعلم أن قيمة البناء خمسون .

وأما على تأويل قول ابن القاسم ، فإنما يقال : بكم يبنى مثل هذا البناء ؟

فيقال : خمسون أو مائة ، فهذه قيمة البناء قائمًا ، فإما دفع إليه المستحق قيمة بنائه أو دفع إليه هذا أرضه ، فإن أبيا كانا شريكين بقيمة ما لكل واحد منهما .

قال ابن القاسم : وإن كانت أرضًا تزرع في السنة مرة ، فاستحقها وهى مزروعه قبل فوات إبان الزرع ، فكراء تلك السنة للمستحق ، وليس له قلع الزرع ، لأن المكترى زرع فيها بوجه شبهة .

م : وعند عبد المالك : أن قدر ما مضى من الكراء يكون للمشترى ، لأن بقاء الزرع ذلك الأمد قبل مجئ هذا له قدر من الكراء ، وقد لا يكون زرعه اليوم لو ابتدأ بالزرع ، مثل تبكيره في الزرع .

م : **قال بعض الفقهاء** : وإن كانت الأرض تزرع بطونًا ، فذلك مثل السكنى ، له الكراء من يوم الإستحقاق ، وذلك أنه قادر أن يزرع فيها لو لم يكن زرع هذا فيها فيما مضى يكون للمشترى بالشبهة وما بقى يكون للمستحق فإن شاء أجاز الكراء وأخذه بالمسمى، وإن شاء أخذه بكراء المثل ،لأن حق الزرع إنما هو في أن لا يقلع زرعه فقط ، وليس حقه في أن يكون ما عقد به المشترى لازمًا للمستحق ، ولأن الزائد على المسمى كهبة وهبها المشترى للزارع ، ومذهب ابن القاسم أن يرجع بالهبة على الموهوب المنتفع ، وإنما يرجع على الواهب إذا كان عاصبًا .

فإن قيل : قال ابن القاسم في الأخ يكرى فيطرأ له أخ يشاركه وقد حابى في الكراء : إن الطارئ يرجع على أخيه بالمحاباة .

قيل : الأشبه كان ألا يرجع على أخيه بالمحاباة ، لأنه غير منتفع ، وأن الوارث لم يكن ضامنًا والمشترى كان ضامنًا .

وقد اختلف في المشترى إذا لم يعلم بشئ ، مثل أن يجنى على العبد خطأ ثم يستحق، فقيل : يضمن ، وهذا نحو ما قال ها هنا في الوارث .

وقيل : لا ضمان عليه ، لأنه إنما يضمن ما انتفع به أو يجنى عليه عمداً قاصداً لإتلافه ، فيجب على هذا الإختلاف في هبات المشترى إذا وهب فانتفع بذلك الموهوب ، يصير كأن المشترى أخطأ على مال إنسان فوهبه ، فابتدأ بإغرامه لأنه هو المتعدى بالخطأ ، وهو مسلط الموهوب عليه ، فمتى لم يقدر على إغرامه لعدمه أغرمنا المنتفع ، ويصير على هذا التأويل لا فرق بين الغاصب إذا وهب والمشترى والوارث .

ومن « المدونة » : ولو كان الزارع غاصب كان لرب الأرض قلعه إن كان في إبان الزراعة ، لأنه من العرق الظالم ، فإن فات إبان الزراعة لم يكن له قلعه ، لأنه ضرر وهو لا ينتفع بأرضه وقال الرسول عليه السلام : « **لا ضرر ولا ضرار** » ، ويكون له على الغاصب كراء المثل .

وإن استحقها بعد إبان الزراعة وقد زرعها مشتريها أو مكترٍ منه فلا كراء للمستحق في تلك السنة ، وكراؤها للذى زكراها إن لم يكن غاصب وكانت في يده بشراء أو ميراث .

وكذلك إن سكن الدار مشتريها أو أكراها أمداً ثم استحقها رجل بعد الأمد ، فلا كراء له وكراؤها للمبتاع .

وإذا كان مكرى الأرض غاصب هو أو مبتاع ، فزرعها المكترى منه ثم استحقها رجل في إبان الحرث ، فمكريها كالمشترى ـ يعنى في الغلة ـ حتى يعلم أنه غاصب .

وإذا كان مكرى الأرض وارثًا ثم طرأ له أخ شركه ، لم يعلم به أو علم به ، فإنه يرجع على أخيه بحصته من الكراء إن لم يحاب ، إذ لم يكن ضامنًا ، وإنما الغلة بالضمان.

فإن حابى في الكراء رجع على أخيه بالمحاباة ، أو كان مليًا .

وإن لم يكن له مال رجع على المكترى .

وقال غيره : بل يرجع بالمحاباة على المكترى في ملائه وعدمه ، كان أخوه مليًا أو معدمًا ، إلا أن يعلم الأخ أن معه وارثًا فيرجع عليه أخوه في عدم المكترى .

قال ابن القاسم : وأما إن سكنها هذا الوارث أو زرعها لنفسه ثم طرأ له أخ لم يعلم به، فلا كراء له عليه .

وقد قال مالك فيمن ورث داراً فسكن فيها ثم قدم له أخ لم يعلم به ، فلا شيء له فبالسكنى وإن كان قد علم به غرم له نصف كراء ما سكن .

قال ابن القاسم : والكراء في هذا بخلاف السكنى ، وله أن يأخذ منه نصف ما أكراها به ، علم أو لم يعلم ، لأن نصيب القادم في ضمانه ، وإنما أحيز لهذا السكنى إذا لم يعلم

على وجه الاستحسان ، لأنه لم يأخذ لأخيه مالاً وعسر به ، إذ لو علم لم يسكن نصيب أخيه ولكان في نصيبه ما يكفيه ، وقد روى على بن زياد عن مالك إن له نصف كراء ما سكن .

م : قيل : ولعله على قول ابن القاسم إنما زرع قدر نصيبه وأما لو لم يرث إلا أرضًا فزرعها كلها لا نبغى أن يكون عليه الكراء في نصيب أخيه .

فإن قيل : يجب على هذا أن لو أكرى بعض ما ورث وترك الباقى وهو لو أكرى نصيبه من الجميع لا أكراه بمثل ما أخذ في الكراء إلا أن يكون عليه شيء لأخيه .

قيل : قد يفرق بين ما أخذ من علة لانتفاعه بها ، وأن السكنى الزائد على قدر نصيبه لم ينتفع بذلك .

ومن « المدونة » : ولو كان إنما ورث الأرض عن أخيه فاكراها ممن زرعها ، ثم قدم ولد للميت حجبه ، فليس له قلع الزرع ، وله الكراء ، قدم في إبان الحرث أو بعده ، ويأخذه بكراء ما تقدم ، لأنه غير ضامن ، ولو عطبت كانت في ضمان القادم ، وإنما الذى يدخل مع الورثة فيشاركهم في الكراء أو الغلة من دخل معهم في الميراث سبب واحد ، فأما من استحق دارًا بوراثة أو غير وراثة من يد من ابتاعها أو ورثها ، فإنما له الكراء من يوم استحق، ولا كراء له فيما مضى إلا أن تكون الدار في يد غاصب .

القضاء فيمن اكترى أرضًا بشيء واستحق أو باع طعاما ، ثم تعدى فباعه من غير الأول ، واستحقاق الدار أو بعضها في كراء أو بيع وتعدى المكترى

قال ابن القاسم : ومن اكترى أرضًا بعبد أو ثبوت أو بما يوزن من نحاس أو حديد ، يعرفان بعينه ، ثم استحق ذلك فإن كان استحق قبل أن يزرع أو يحرث انفسخ الكراء .

وإن كان بعد ما زرع أو أحرث فيها عملاً ، فعليه قيمة وزنه كراء الأرض .

م : فلو حرث الأرض ولم يزرع فقال المستحق : أنا أجيز بيع ثوبى وآخذ الأرض محروثة ، فذلك له بعد أن يؤدى إلى الذى حرث قيمة حرثه ، ويصير كأنه استحق الأرض، وقد قالوا فيمن استحق الأرض بعد أن حرثت : إنه يدفع قيمة الحرث ويأخذها ، وإن أبى قيل للآخر اعطه كراء سنة ، فإن أبى أسلمها بحرثها ، ونحوه في كتاب محمد .

ولو غضب عبدًا فباعه بجارية فأولدها ، إن مستحق العبد إن أراد أن يجيز البيع ويأخذ الجارية ، إن ذلك له ، يأخذ الجارية وقيمة ولدها كالمستحقة ، لأنها ثمن عبده ، وقد وقع

لسحنون أن مستحق العبد إذا أجاز البيع وأراد أخذ السلعة إنما يأخذها إن كانت قائمة ، وإن فاتت بحوالة سوق لم يأخذها ، وفي هذا بُعدٌ في القياس ، لأنه لو أجاز البيع صار كالمستحق ، والمستحق لا يفيته شيء ، ولا يشبه ما كان مستحَق العين أو عوضًا من العين المستحقة عوض المستحق بين المتبايعين ، لأن عوضه إنما أخرجه من سيده على سبيل المعاوضة ، فإذا حال سوقه لم يرجع فيه ، والمستحق لم يخرج هو سعلته من سيده ، فله أخذها أو آخذ عوضها ، لأنه بمنزلتها ، وهذا بيِّن .

قال : وسألت مالكًا عمن ابتاع من رجل طعامًا ففارقه قبل أن يكتاله ، فتعدى البائع على الطعام فباعه ؟

قال : عليه أن يأتي بطعام مثله ولا خيار للمبتاع في أخذ دنانيره ، ولو هلك الطعام بأمر من الله تعالى انتقض البيع ، وليس للبائع أن يأتي بطعام مثله ، ولا ذلك عليه .

ومن اكترى دارًا سنة من غير غاصب فلم ينقده الكراء حتى استحقت الدار في نصف السنة ، فكرى ما مضى للأول وللمستحق فسخ ما بقى أو الرضى به ، فيكون له كراء بقية السنة .

فإن أجاز الكراء ، لم يكن للمكترى أن يفسخ الكراء فرارًا من عهدته ، إذ لا ضرر عليه لأنه سكن .

فإن غصب الدار أدى بحساب ما سكن .

م : ولا يجوز الكراء حتى يعلم ما ينوب ما بقى إن كانت قيمة الشهور في الكراء مختلفة .

وإن جاز قبل أن يعلم ، صار يجيز بثمن لا يعلم ما هو ، كجمع السلعتين .

ولو انتقد الأول كراء السنة كلها لدفع إلى المستحق حقه في المدة إن كان مأمونًا ولم يخف من دين أحاط به ونحوه ، ولا يرد باقى الكراء على المكترى .

قال أبو محمد وغيره : فإن كان المستحق غير مأمون ، قيل للمكترى : إن شئت أن تدفع إلى المستحق كراء بقية السنة وتسكن ، فإن أبى قيل للمستحق : إن شئت أن تجيز الكراء على أنك لا تأخذ منه إلا كراء ما سكن ، كلما سكن شيئا أخذت بحسابه وإلا فلك أن تفسخ كراء بقية المدة .

م : لعله يريد دارًا يخاف عليها الهدم ،وأما إن كانت صحيحة البناء فله أن ينقد ، ولا حجة للمكترى من خوف الدين ، لأنه أحق بالدين من جميع الغرماء .

قال ابن القاسم : ومن اكترى داراً فهدمها تعديًا ثم قام مستحق ، فله أخذ النقض إن وجده قائمًا ، أو قيمة الهدم من الهادم ولو كان المكرى قد ترك للمكترى قيمة الهدم قبل الإستحقاق لرجع بها المستحق على الهادم ، كان مليًا أو معدمًا ، لأن ذلك لزم ذمته بالتعدى فلا يرجع على المكرى ، إذ لم يتعد وفعل ما يجوز له ، وهو كمن ابتاع عبداً فسرقه منه رجل ، فترك له قيمته ثم قام ربه ، فإنما يتبع السارق خاصة .

م : والفرق بين ما تركه المكرى من قيمة الهدم للهادم وبين ما حابى به من الكراء ، أنه في المحاباة دفع حقًا كان بيده للمستحق إلى هذا المكترى ، فوجب أن يبدأ بالرجوع على متلف شيئه ، لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء .

وفي تركه القيمة للهادم لم يتلف له شيئا بيده ، إنما ظن أنه وجب له شيء قِبَلَ هذا المتعدى فترك أخذه منه ، فإذا كان ذلك لك أيها المستحق فخذه أنت منه فما أتلف لك من يده بخلاف ما ترك أخذه لك ، فهذا مفترق ، وبالله التوفيق .

ولو باع النقض هادمه كان عليه للطالب إن شاء الثمن الذى قبض فيه ، أو قيمته ولو هدمها المكترى لم يلزمه لربها قيمة ، وإنما له النقض بعينه إن وجده ، وإن بيع فله ثمنه .

م : قيل : وكذلك ينبغى في الثوب إذا قطعه .

وفي « المدونة » ما ظاهره : لا يضمن في الثوب إذا قطعه ، بخلاف ما في كتاب محمد ، وما فرق به محمد أن الثوب لا يرجع إلى هيئته ، والدار والخلخال يرجع إلى هيئته ، ليس ببيّن .

وقد يقال : إن المشترى إذا وجب أن يُضمِّن الجناية المخطأ في العبد إذا اشتراه في أحد القولين ، جاز أن يضمن في القطع والهدم .

ومن ابتاع داراً فاستحق منها بيت بعينه ، فإن كان أيسر الدار ، مثل دار عظمى لا يضرها ذلك ، لزم البيع في بقيتها ، ويرجع بحصة ما استحق منها .

وكذلك النخل الكثيرة يستحق منها النخلات اليسيرة ، وأما إن استحق نصف الدار أو جلها أو دون النصف مما يضر بالمشترى ، يريد : وإن كان العشر ، فهو مخير في ردها كلها وأخذ الثمن أو التماسك بما لم يستحق منها بحصته من الثمن إن كان الذى استحق النصف رجع بنصف الثمن ، وإن كان الثلث رجع بثلث الثمن ، يريد : ولو استحق ثلث بعينه من الدار يجب به رد الصفقة لكثرة أو لضرر ، فليس له حبس الباقى بحصته ، لأنه لا يعلم إلا بعد التقويم ، بخلاف ما استحق على الأجزاء .

قال في كتاب القسم : ورأى أنه إن استحق ثلث الدار أنه ضرر يوجب له رد جميعها

إن شاء أو التمسك ببقيتها بحصتها من الثمن .

قال في كتاب الإستحقاق : والذى يكترى دارًا فيستحق منها شيء ، فهى مثل ما وصفنا في الشراء .

وقال غيره : ليس الكراء كالشراء في هذا وليس للمكترى التماسك بما بقى إن استحق نصف الدار أو جلها ، لأن حصة ما بقى مجهول .

قال سحنون في غير « المدونة » : يعنى غيره : إذا اختلف قيمة كراء الشهور ، وأما إن لم تختلف فليس ذلك بمجهول .

قال محمد : إنما يصح قول سحنون إذا كان قد سكن بعض السكنى ، وإن لم يسكن فليس ذلك بمجهول ، وإن اختلفت قيمة الشهور .

م : لأنه إن استحق الثلث سقط عنه ثلث الكراء ، وإن نصف فنصف من غير نظر إلى التقويم .

القضاء في غلة ما استحق من يد مشترٍ أو وارث أو موهوب

قال الرسول عليه السلام : « **الخراج بالضمان** » ، ومعني ذلك أن المشترى للشيء الذى اغتله لو هلك في يده كان منه وذهب الثمن الذى نقده فيه ، فالغلة له بضمانه ، ولا غلة لموهوب وهبه غاصب في عدم الغاصب ، إذ لم يضمن ثمنًا نقده ، ولا ضمنه من وهبه ، ،وإنما تجب الغلة بضمان الشراء لا بضمان الغصب .

قال ابن القاسم : ومن ابتاع دارًا أو عبيدًا من غاصب ولم يعلم ، فاستغلهم زمانًا ثم استحقوا ، فالغلة للمبتاع بضمانه .

وكذلك إذا ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه ، فاستغلهم ثم استحقوا ، فالغلة للوارث .

ولو وهب ذلك لأبيه رجل ، فإن علم أن الواهب لأبيه هو غصب هذه الأشياء من المستحق أو من رجل هذا المستحق وارثه ، فغلة ما مضى للمستحق ، فإن جهل أمر الواهب أغاصب هو أم لا ، فهى على الشراء حتى يعلم أنه غاصب ، ومن غصب دارًا أو عبيدًا فوهبهم لرجل فأغللهم وأخذ كراءهم ، ثم قام مستحق ، فإن كان الموهوب له عالمًا بالغصب فللمستحق الرجوع بالغلة على أيهما شاء ، فإن لم يعلم بالغصب فللمستحق أن يرجع أولاً بالغلة على الغاصب ، فإن كان عديمًا رجع بها على الموهوب ، وكذلك من

غصب ثوبًا أو طعامًا فوهبه لرجل فأكله ولبس الثوب حتى أبلاه أو كانت دابة فباعها وأكل ثمنها ، ثم استحقت هذه الأشياء بعد فواتها بيد الموهوب ، فعلى ما ذكرنا .

ومن « المجموعة » : قال أشهب وسحنون : لربه أن يتبع أيهما شاء ، اللابس للثوب يوم لبسه ، والغاصب يوم غصبه ، واحتج بالبيع أن لمستحق الطعام طلب الغاصب به أو طلب المشترى الذي أكله إذا لم يجز البيع .

وكذلك في كتاب محمد ، وقاله مالك ، وذكر عن ابن القاسم مثل ما في « المدونة».

قال ابن القاسم في « المدونة » : ولو أن الغاصب نفسه الغتل العبيد وأخذ كراء الدار، لزمه أن يرد الغلة والكراء للمستحق . ولو مات الغاصب وترك هذه الأشياء فاستغلها ولده، كانت هذه الأشياء وغلتها للمستحق .

قال ابن القاسم : والموهوب لا يكون في عدم الواهب أحسن حالاً من الوارث ، أولا ترى أن من ابتاع قمحًا فأكله ،أو ثيابًا فلبسها حتى أبلاها ، أو شاة فذبحها فأكل لحمها، ثم استحق ذلك رجل ، إن له على المبتاع غرم ذلك كله ، ولا يوضع ذلك عنه لأنه اشتراه.

وإن هلك ذلك بيد المبتاع بغير سببه وانتفاعه ، فإن لم يعلم بالغصب وقامت بهلاك ما يغاب عليه من ذلك بينة ، فلا شيء عليه ، ولا يضمن ما هلك من الحيوان والربع أو انهدم بغير سببه ، فكما كان المشترى حين أكل ولبس ، لم يضع عنه إلا شراء الضمان ، كان من وهبه الغاصب واستغل أحرى أن يرد ما استغل في عدم الواهب ، لأنه أخذ هذه الأشياء بغير ثمن .

وقال أشهب : إن من وهبه الغاصب له الغلة إذا لم يعلم بالغصب كالمشترى .

قال : ولم يختلف ابن القاسم وأشهب أن ما استغل المشترى من قليل أو كثير أو سكن أو زرع له ، فلا شيء عليه من غلة ولا كراء ، وأن لا شيء على الغاصب الذى باع منه ، ويرجع المبتاع بجميع الثمن على الغاصب لا يحاسبه بشيء من غلة أو كراء ، إلا أن يعلم المشترى بغصبه قبل الشراء ، فيكون كالغاصب .

محمد : قال ابن القاسم فيمن ابتاع نخلاً فيها ثمرة ولم تؤبر أو لا شيء فيها ، فقام المستحق وفيها ثمرة قد طابت ، فإنه يأخذها ما لم تيبس أو تجذ .

وفي رواية لأبي زيد عنه : إنه يأخذها لما لم تجذ .

قال محمد : فإن يبست أو جذت لم يأخذها ، لأنها صارت غلة للمبتاع ، ولو كانت قد أبرت حين الشراء فاشترطها المبتاع ، كانت الثمرة للمستحق ، وجدها قد يبست أو

جذت أو بيعت أو أكلت ، ويرد في فوتها مثلها إن عرفت المكيلة أو القيمة ، وإن لم تعرف، ولو باعها لرد ثمنها ، وله فيما ذكرنا قيمة ما سقى أو عالج .

ومن « **المدونة** » : ولو نزل عبد ببلد وادعى الحرية ، فاستعانه رجل فعمل له عملاً له بال من بناء أو غيره بغير أجر ، أو وهبه مالاً ، فلربه إذا استحقه أخذ قيمة عمله ممن استعمله .

قال في كتاب محمد : إن كان قائمًا ، فإن تلف فلا شيء عليه .

قال بعض الفقهاء : جعل ما عمل كعين قائمة ، إن وجدت أخذ سيدها قيمتها ، لأن منافعه لسيده فوهبها ، فأشبه هبات الغاصب الذى لا يمكن الرجوع عليه لعدمه ، أو لأنه لا يقدر عليه ، فوجب الرجوع على الموهوب ،إذ لا يمكنه الرجوع على عبده ، لأن رجوعه عليه كرجوعه على نفسه ، وكان الأشبه أن يضمن من وجد عمله قائمًا أو قد فات ، لأن ذلك حق لسيده فوجب أن يضمنه من فوته .

قال في « **المدونة** » : إلا أن يكون عملاً لا بال له ، كسقى الدابة ونحوه ، ويأخذ من الموهوب ما وهب له ، وما أكله الموهوب أو باعه فأخذ ثمنه ، فعليه غرمه ، وما هلك من ذلك الموهوب بغير سببه ببينة ، فلا ضمان عليه ، بخلاف الغاصب ، لأن الغاصب لو هلكت هذه الأشياء بغير سببه ضمنها ، ولو اغتلها رد الغلة ، والموهوب لو اغتلها ولم يعلم بالغصب لم يلزمه رد الغلة إلا في عدم الواهب . ولو هلكت عنده بغير سببه ببينة ، لم يضمنها ، لأنه لم يتعد إلا أن يغتلها وقد علم بالغصب ، فيصير كالغاصب سواء .

ومن ابتاع من غاصب ـ ولم يعلم ـ دورًا أو أرضين أو حيوانًا أو ثيابًا عنده ، فالغلة والثمرة للمبتاع بضمانه إلى يوم يستحقها ربها .

ولو كان الغاصب إنما وهبه ذلك ، لرجع المستحق بالغلة على الموهوب في عدم الغاصب ، ويكون للموهوب قيمة عمله وعلاجه .

فيمن ابتاع بشيء فنقد خلافه ، واستحقاق الثمن أو المثمون في ذلك

قال مالك : ومن ابتاع سلعة بدنانير ، فدفع فيها دراهم ، ثم ردها بعيب ـ قال ابن القاسم : أو استحقت ـ فليرجع بالدراهم التى دفع ، لأنه لو رجع بالدنانير وقد كان دفع دراهم صار صرفًا مستأخرًا .

م : ولأن ثمن السلعة إنما كان دنانير فصرفها البائع من المشترى بدراهم ، فإذا استحقت السلعة استحق هو ثمنها من يد نفسه وهى الدنانير ، فلما استحق الدنانير وجب

أن يرجع في دراهمه لاستحقاقه ثمنها .

قال ابن القاسم : فإنما يرجع بما دفع من العين بعضه عن بعض .

ولو دفع في الدنانير عرضًا لم يرجع على البائع إلا بالدنانير . ولو استحق هذا العرض من يد البائع رجع على المبتاع بالدنانير ، لأن أخذه لهذا العرض لم يكن ثمنًا للسلعة التى باعها ، وإنما هى صفقة ثانية كما لو قبض الدنانير من المبتاع ثم ابتاع منه بها سلعة أخرى فاستحقت من يده ، فإنما يرجع عليه بالدنانير .

قال ابن حبيب : أما إذا دفع المشترى في الدنانير عرضًا ثم استحقت السلعة التى اشترى ، فليرجع بالدنانير ، إلا أن يكون العرض الذى دفع لا يساوى الثمن وإنما تجاوز له البائع فيه ، فليرجع على البائع بقيمة العرض يوم أخذه إن فات ، وإن استحق من يد البائع العرض المأخوذ في الثمن بالدنانير على المبتاع بكل حال ، تجاوز له أو لم يتجاوز ، وقاله مالك وأصحابه ونحوه في « العتبية » .

م : والفرق بين استحقاق هذه السلعة وبين استحقاق الأولى ، أنَّا نجعل كأنه باع الأولى بمائة ، فدفع في المائة هذه السلعة الثانية ، فإن كانت تساوى مائة ثم استحقت رجع بالمائة ، لأنه ثمنها .

وإن كانت تساوى خمسين ، فكأنه أخذ من المائة ثمن سلعته الأولى السلعة الثانية بخمسين ووهبه خمسين ، فلما استحقت رجع بثمنها وبما وهبه ، لأنه هبة للبيع تنتقض بانتقاضه . وأما إن استحقت السلعة الأولى ، فاستحقاقها يبطل ثمنها ، فلو لم يدفعه لم يكن عليه شيء ، وإن دفعه أو بعضه رجع بما دفع ، فإن كانت التى دفع تساوى مائة رجع بها .

وإن كانت تساوى خمسين فردها إليه أو قيمتها إن فاتت لم يظلمه ، ولأنهم لم يوفوا لها ثمنًا من ثمن الأولى ، فوجب ردها إليه أو قيمتها .

ولو قال مستحق الأولى : أنا أجيز البيع ، وأخذ ثمنها من المبتاع ، كان ذلك له ، لأنه لم يدفعه ، فهو باق للمستحق في ذمته .

ولو قال : أنا آخذ السلعة الثانية لأنها عوض ثمن سلعتى لم يكن له ذلك ، لأنه إنما يصير له إذا أجاز البيع ثمن .

ومن تعدى على ثمن فاشترى به شيئا لم يكن لربه ما اشترى به ، وإنما له مثله .

ولو باع منه عبدًا بجارية ، ثم أخذ منه في الجارية عشرة دنانير ، ثم استحق العبد ، لكان لصاحب الجارية أن يرجع بالعشرة التى دفع ، لأنه يصير قد استحق الجارية التى هى

ثمن العبد ، فيرجع على بائع العبد بثمن الجارية عشرة ، وإن استحقت الجارية رجع بثمنها عشرة ، فإذا قبضها صار كأن الجارية استحقت من يد بائع العبد ، فيرجع به إن كان قائمًا، أو بقيمة إن فات .

ومن « المجموعة » : قال ابن القاسم عن مالك : إذا باع السلعة بالدنانير ، وأخذ في الدنانير دراهم ، ثم استحقت السلعة فليرجع المبتاع على البائع بالدراهم ، وإن شاء المستحق أن يجيز البيع ويأخذ الدنانير من المشترى لأنها لم تقبض منه ، فذلك له ويرجع المشترى على البائع بالدراهم ، لأنه صرف انتقض ، وبلغنى عن سحنون أنه قال فيمن باع سلعة بمائة دينار ثم أخذ فيها ألف درهم فاستحقت الدراهم : إنه يرجع بالمائة دينار التى باع بها السلعة وكأنه زاد صرفًا لا يرجع فيه بمثل الدراهم ، لأن مالكًا قال: إذا استحقت السلعة رجع المشترى بالدراهم على البائع ، لأنه لو رجع بالدنانير صار صرفًا مستأخرًا ، وكذلك قال أشهب لو صرف دنانير بدراهم ثم أخذ بالدراهم سلعة ، فوجد بالسلعة عيبًا فردها ، فإنه يرجع بدنانيره ، ولو رجع بالدراهم صار صرفًا مستأخرًا ، وقاله مالك في كتاب الصرف .

وبلغنى عن سحنون فيمن باع عبدًا بثوب ثم أخذ في الثوب دراهم ، ثم استحق العبد، إنه يرجع بالدراهم التى دفع .

م : لأن العبد لما استحق رجع مشتريه في ثمنه ، وهو الثوب ، فاستحقه من يد نفسه، فلما استحقه رجع على بائعه أخيرًا ، وهو رب العبد بما دفع إليه وهو الدراهم .

في الأمة تستحق وقد وطئها المشترى ، أو ولدت منه أو من زوج أو غاصب ، وحكم الولد في ذلك كله ، واستحقاق العبد بعد العتق ، والدار بعد أن بنيت مسجدًا

قال ابن القاسم : والقضاء أن كل وطء بشبهة فالولد فيه لاحق ، ولا يلحق في الوطء بغير شبهة ، وإن الولد بخلاف الغلة في الإستحقاق .

قال أشهب في « **المجموعة** » في ولد المغرور بالشراء أو بالنكاح : إنما لزم الأب قيمتهم، إذ لبسوا بغلة فيكون لهم حكم الغلة ، ولا يرقون فيأخذهم سيد الأمة ، وجعلت قيمتهم يوم الحكم لأنهم أحرار في الرحم ، ولا قيمة لهم يومئذ ، فإذا لم أجعلها يوم الحكم جعلت الأب ضامنًا ، ولا يضمن إلا المتعدى ، وبذلك على أنه لا يكون يوم ولدوا ما روى عن عمر من القضاء بأمثالهم ، فقال : اشتبارهم ، كأنه يقول على مقاديرهم بالأشبار ، وفي حديث آخر « قيمتهم » .

ولو كانوا يخرجون بالقيمة من رق كان ولاؤهم للمستحق ، ولكان لو أنه جدهم أو أخوهم أن يعتقوا عليه بالرحم ، وليس كذلك بل هم أحرار نسب أبيهم ، وللمستحق سبب لا يصل به إلى رقهم ، كأم الولد تجنى ، أو لا سبيل إلى إسلامها ، فكان مثل ذلك القيمة فيهم يوم الحكم ، وهذا قول مالك وابن دينار وابن القاسم وغيره من أصحابه ، إلا المغيرة فإنه قال : قيمتهم يوم ولدوا .

قال ابن القاسم : فإن كانت حاملاً يوم قيامة انتظر أن تلده فيأخذ قيمته يوم تلده .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن ابتاع أمة فوطئها وهى ثيب ، أو بكر فافتضها ، ثم استحثت بملك أو حرية ، فلا شيد عليه في الوطء ، لا صداق ولا ما فقصها .

وقال المغيرة : إن استحقت بحرية فلها صداق المثل .

م : وكان ابن القاسم رأى أنها لما وطئت على الملك لم يكن لها صداق ، وكذلك يقول لو اغتلها : إن الغلة للمشترى ، والأشبه أن لا غلة له ، إذا لا ضمان عليه فيها ، لأنها ل ماتت لرجع بثمنها .

قال مالك : فإن أولدها المبتاع فلمستحقها بالملك أخذها إن شاء مع قيمة ولدها يوم الحكم عبيداً ، وعلى هذا جماعة الناس ، وأخذ به ابن القاسم ومحمد ، وهو قول على ابن أبى طالب ﷺ ، ثم رجع مالك فقال : يأخذ قيمتها وقيمة ولدها يوم يستحقها ، لأن في ذلك ضرر على المبتاع ، إذا أخذت منه كان عاراً عليه وعلى ولده ، ورذا أعطى المستحق قيمته فقد أعطى حقه ، فإن امتنع فهو مضار .

قال ابن حبيب : ثم رجع مالك فقال : ليس على المبتاع إلا قيمتها يوم وطئها ، ولا قيمة عليه في ولدها ، وبه أخذ ابن الماجشون وغيره ، وبه أقول .

قال في كتاب محمد : إلا أن يكون عليه في إسلامها ضرر .

م : فوجه قوله : إن له أخذها ، فلأنها باقية على ملكه ، واستيلاد الغير إياها لا يزيل ملكه عنها ، ولأنها ولدت من غير مالك ، فلم تثبت لها حرمة الإيلاد ، أصله إذا ولدت من نكاح ، ولأن اعتقاد الواطئ استباحة وطئها بالملك كاعتقاد ذلك النكاح ،وقد ثبت أنها لو غرت من نفسها فتزوجها رجل على أنها حرة فأولدها ، فإن ذلك لا يمنع سيدها من أخذها ، فكذلك في الشراء ، ووجهه أن ليس له أخذها أنه واطئ بشبهة الملك، وشبهة كل عقد مردود إلى صحته ، وللضرورة التى تدخل على المبتاع وعلى ولده في أخذها ، وربها إذا دفع إليه قيمتها لم يضر ، فوجب أن لا يأخذها لقول النبى عليه السلام: « **لا ضرر ولا ضرار** » ، ووجه قوله : إنه ليس له إلا قيمتها يوم الوطء ، فلأنه

وطء ملك غيره بشبهة ترفع عنه الحد ، فلزمـه غرم قيمتها ، أصله إذا وطئ أمة ولده ، أو أمة له فيها شرط .

م : ولو ماتت على هذا القـول ضمنها المشترى ، كـوطء الأب أمة ولده أو الأمة بين الشريكين ، وقاله ابن حبيب .

قال أشهب في « المجموعة » : ثم رجع مالك إلى القول الأول .

قال ابن كنانة : وعليه كان حتى مات .

قال ابن القاسم في كتاب القسم : ولو رضى المستحق أن يأخذ قيمـتها وقيمة ولدها ، لم يكن للذى أولدها أن يأبى ذلك ، ويجبـر حينئذ ـ في قولـي مالك جميعًـا ـ على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق ، وكذلك عنه في كتاب ابن المواز .

قال فيه أشهب : هذا خطأ ، وإنما كنت أقول : لو قلت بهذا عليه قيمتها يوم أحبلها، ثم لا قيمة له في ولدها ، لأنه في ملكه وُلِدَ .

ابن المواز : والقياس أن ليس عليه قيمتها في نقص الولادة ، وإنما له أن يلزمه ذلك أن لو قتلها .

ولو قتلها غـيره لم يلزمه هو قيمتـها ،لأنه غير غاصب ، غيـر أن ابن القاسم قال : ذلك لاختلاف قول مالك في هذا الأصل .

قال ابن حـبيب : قال مطرف وابن الماجشـون : فإن ماتت وبقى الولد فليس له غـير قيمة من وجد منهم في قول مالك الأول .

وأما في قول مالك الآخر ، فلربها اتباع المشترى بقيمة الأمة يوم وطئها ، لأنه ضمنها يومئذ ، ولا شـيء عليه من قيمـة ولدها وإن كانوا قيامًـا كواطئ أمة ابنه ، أو أمة له فـيها شرك .

وقال محمد : لا شيء عليه إذا ماتت في قول مالك الذى قال فيه : وهى حية ليس له إلا قيمتها فقط ، لأنه ليس عليه فيها ضمان .

ومن « المدونة » : قـال ابن القاسم : فـإن أخذت الأمـة من المبتـاع على أحد أقـوال مالك، يريد أو أخذت قيمتها رجع بالثمن على بائعه ، ولا يرجع بما أدى من قيمة الولد ، كما باع من رجل عبدًا سارقًا ودلس له به فسرق متاعه ، لم يضمن البائع ذلك .

وإن أخذ منه المستحق الأمة فألقاه عديمًا ، اتبعه بقيمة الولد دينًا .

وإن كان الولد مليًا ، رد القيمة ، ثم لا يرجع بها على أبيه إن أيسر .

وأما إن كانا مليين ، فذلك على الأب ، ولا يرجع بها الأب على الولد .

وإن كانا عديمين ، اتبع أولهما يسرًا ، ولا يؤخذ من الابن قيمة الأم في ملاء الأب أو عدمه .

قال غيره : لا شيء على الابن من قيمة نفسه في عدم الأب أو يسره .

م : انظر قول ابن القاسم : إذا كان الأب عديمًا والابن مليًا ، فليأخذ من الابن قيمة نفسه هو ، إنما يأخذ منه قيمته يوم الحكم ، فكان يجب إنما يستحق قيمته بحاله حينئذ ، وذلك أكثر ما في يديه ، فكيف يصح أخذ قيمته منه ، وأظن ابن القاسم إنما يقول : يأخذ قيمته بغير مال ، وبه يصح قوله ، والله أعلم .

قال ابن القاسم في «كتاب النكاح» : ولو استحق الأمة عم الولد لأخذ قيمتهم ، إذ لا يعتق عليه ابن أخيه .

ولو كان جدهم ، لم يأخذ قيمتهم ، وليس له من ولائهم شيء ، لأنهم أحرار بسبب أبيهم ، وإنما أخذت القيمة فيهم بالسنة .

قال في كتاب الإستحقاق : وليس للمستحق فيمن مات من الولد قيمة ، وولدها لاحق النسب ، له حكم الحر في النفس والجراح وفي الغرة ، قبل الإستحقاق أو بعده ، ولا يضع القصاص عن القاتل استحقاق هذه الأمة ، لأنه حر .

ومن قتل من الولد خطأ ، فديته كاملة للأب ، ولعيه لسيد الأمة الأقل من قيمة الولد يوم القتل عبدًا ، أو ما أخذ عن ديته .

وإن قتل عمدًا فاقتص الأب من قاتله ، لم يكن على الأب فيهم قيمة ، ويغرم قيمة الولد الحي وإن جاوزت الدية .

قال ابن كنانة في « المجموعة » : فإن كان للولد مال اكتسبه لم يقم بماله ، لكن بغير مال كقيمة عبد ويؤدى ذلك الأب ولا يؤخذ من أموال الولد شيء .

قال سحنون : وإذا حكم على الأب بالقيمة في عدمه ثم مات ابنه بعد الحكم ، لم يزل عنه ما لزمه من القيمة .

وكذلك في جناية أم الولد والسيد عديم .

وكذلك من يحكم عليه في العاقلة بشيء أداه الحاكم ثم أعدم ، فلا يزول عنه .

قال أشهب : ولو قام وقد مات الأب ، قضى بقيمة الولد فيتركه الأب لا من مال الولد .

ومن كتاب محمد : قال : فإن لم يدع شيئـا اتبع به الولد ، فمن أيسر منهم أخذ منه حصة نفسه فقط يوم كان الحكم .

وإن طرأ للأب مال فليتبع المستحق كل واحد بما يتم به قيمتـه ، لا يأخذ من بعضهم عن بعض .

ومن « المدونة » : ولو قطعت يد الولد خطأ ، فيأخذ الأب ديتهـا ثم استحقت الأمة ، فعلى الأب للمستحق قيمة الولد أقطع اليد يوم الحكم فيه أو الأقل مما نقص القطع ، أو ما قبض في دية اليـد ، ينظر كم قيمة الولد صـحيحا ، وقـيمته أقطع اليـد يوم جنى عليه ، فيغرم الأب الأقل مما بين القـيمتين أو ما قبض في دية اليد ، فإن كان مـا بين القيمتين أقل كان ما فضل من دية اليد للأب .

م : يريد ، يلى النظر فيه .

م : وهذا هو الأقل فيه ، وإنما كان كذلك لاختلاف قيمته يوم القطع ويوم الحكم .

ولو كان يوم القطع هو يوم الحكم ، لغرم الأب الأقل من قـيمته صحيحا ، أو قـيمته أقطع اليد مع ما أخذ في اليد .

قال ابن عبدوس : ورأيت سحنون [ ] إلى أن ما فضل مـن ذلك ، فهو للابن، وقاله ابن المواز .

وقال ابن عبدوس : وكذلك في النفس ليس لورثته من ديته إلا ما بعد قيمته ، كذا إن قتل خطأ فديته لأبيه منجمة ، وللمستحق منها قيمته يأخذ فيها أول نجم ، وإن لم يتم أخذ تمامها من الثانى ثم مما يليه حتى تتم ، ثم يورث عن الابن ما فضل .

قال ابن القاسم في « المجـموعة » : ولو قتل الولد عمدًا ، فـصالح الأب فيه على أقل من الدية ، فعليه الأقل من ذلك أو من قيمته يوم القتل ، فإن كان ما أخذ أقل من القيمة، رجع على القاتل بالأقل من باقى القيمة أو باقى الدية .

قال محمد : [ق / أ] وقال أشهب : لا شيء على الأب مما أخذ في الولد إن قتل ، كما لو مات ، ولا في قطع يده إن قطع ، وعليه قيمـته اليوم أقطع فقط ، لأن ما أخذ فيه دية حر .

قـال ابن القـاسم في « المدونة » : ولو ضـرب رجل بطن هذه الأمـة وهى حـامل من سيـدها فألقت جنينًا ميـتًا ، فللأب عليه غرة كـالحر ، ثم للمســتحق على الأب الأقل من ذلك أو من عشر قيمة أمه يوم ضرب بطنهـا ، وليس على المبتاع ما نقصها الولادة ، لأنها لو ماتت لم تلزمه قيمتها ،لأنه متاع .

ولو كان الذى أولدها غاصب فلربها أخذها وأخذ الولد رقًا ، ويحد الغاصب في وطئه إن أقر بالوطء ، ولا يلحق به نسبه .

ولو غره منها رجل فزعم أنها حرة فزوجه إياها فأولدها ، فلمستحقها أخذها وقيمة ولدها من الزوج ، ويرجع الزوج على من غره بالصداق كاملا ولا يترك له ربع دينار ، لأنه كأنه باعه البضع فاستحق فرجع بثمنه الذى دفع فيه ، ولا يرجع بقيمة الولد ، لأنه لم يبعه الولد ، وهذا أصل قول مالك .

ولو كانت في الغارة لم يرجع الزوج عليها بقليل ولا كثير ، لأن ذلك حق لسيدها ، إلا أن يكون الذى أعطاها أكثر صداق مثلها ، فليرجع بالفضل .

محمد : وإن كان ما أعطاها أقل من صداق مثلها ، فقال أشهب : لا تزاد عليه .

وقال ابن القاسم : يتم لها صداق المثل ، لأنه حق للسيد ، فليس ما صنعت بالذى يبطل حقه .

قال أشهب في « المجموعة » : فإن أولدها أخذها السيد وقيمة ولدها وهو حر ، ويصدق الزوج أنه تزوجها على أنها حرة وإن لم تقم بينة في هذا ، ولو أكذبته حددته ولم ألحق به الولد ، وعلى السيد البينة أنه تزوجها على أنها حرة إن ادعى ذلك ويأخذ الولد ، وإلا فهو حر ويأخذ قيمته حالَّة .

قال في «كتاب ابن سحنون» : حالَّة على الأب يوم يقضى بذلك للمستحق ، فإن لم يكن للأب مال فاستحسن أن يكون في مال الولد .

قال في « المجموعة » : وإن غرت الأمة عبدًا أو مكاتبًا أو مدبرًا أو معتقًا إلى أجل، فإن أولادهم رق معها .

محمد : ومن ابتاع أمة فأولدها ثم استحقت أنها مدبرة ، فإنه يأخذها ويأخذ قيمة ولدها عبيدًا .

وقال ابن القاسم : قيمتهم على الرجاء والخوف ، وليس هذا شيء ، لأن من باع مدبرًا وفات بالعتق كان الثمن كله للبائع ، وعلى هذا ثبت مالك ، وقاله أصحابه أجمعون.

وإن كانت هذه التى أولدها المبتاع مكاتبة ، فإنه يأخذ قيمة الولد رقيقًا .

قال ابن القاسم : وتوقف القيمة ، ولا معنى لذلك وليكن ذلك محسوبًا من أجر الكتابة ، ويتعجلها السيد ولو تأخر الحكم حتى حل الأجل وأدت الكتابة ، فلا شيء على الأب من قيمتهم .

وأما المعتقة إلى أجل وأم الولد ، فقيمة الولد على الرجاء والخوف ، وكثير من هذا في «كتاب النكاح» .

قال ابن القاسم في « المدونة » : ومن اشترى عبدًا فأعتقه ثم استحق ، فللمستحق أن يفسخ عتقه ويصير رقيقًا لسيده كما كان ، أو يجيز البيع فيتم عتقه .

محمد : وقال أشهب : ولو كان ليس لربه رد العتق لكان ذلك داعية إلى زوال رقيق الناس من أيديهم ، بأن يجعل العبد ممن يبيعه ممن يعتقه .

قال محمد : ولو أنه بعد العتق وارث الأحرار وشهد ونفذت أموره على أمور الأحرار، ثم استحق فاختار ربه إجازة البيع ونفاذ العتق ، لنفذت أموره المتقدمة على أمور الأحرار ، وليس على أن البيع والعتق اليوم ، جاز . إنما البيع والعتق جائز حتى يرد ، كالمولى عليه تتزوج بغير إذن وليه أو عبد بغير إذن سيده فيجيزه ، فهو جائز بالعقد الأول ، وإن أخذه سيده ردت أفعاله كلها إلى حكم الرق ، فإن اقتص له من قاطع كفه لرجع المقتص منه على عاقلة الإمام بدية كفه ، ورجع عليه السيد بما نقصه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن بنى داره مسجدًا ثم استحقها رجل ، فله هدمه كمن باع عبدًا فأعتقه ، ثم استحق ، فلربه رد العتق .

قال سحنون في غير « المدونة » : كأنه نحى إلي أن يأتي النقص لما جعله لله ، فلا يأخذ فيه قيمة ، ولكن يأخذه ويجعله في مسجد غيره ، وهذا إنما يكون فيمن بنى في غصب بغير شبهة .

فأما إذا بنى بشبهة فإنه يقال للمستحق : اعطه قيمته قائمًا ، فإذا أخذ قيمته جعلها في نقص مثله في بناء مسجد .

قال بعض العلماء : وقد يكون ابن القاسم أراد أنه لما حبس الأنقاض لم يقض فيها بقيمة ، وإن بنى بشبهة ، ألا ترى أن سحنون لم يجعل للمغصوب منه أن يعطى قيمة الأنقاض منقوضًا ، لأن ذلك يؤدى إلى إبطال الحبس .

وكذلك المشترى ليس له أخذ قيمة النقض ، لأن ذلك الحبس إنما هو لله تعالى ، فصار أخذ عينة أولا ، ويجعل في بناء مسجد غيره ، إن شاء الله وبه التوفيق .

فيمن اشترى سلعًا أو رقيقًا فاستحق بعضها أو وجد به عيبًا ، وحكم المكيل والموزون في ذلك

قال مالك : ومن اشترى ثيابًا كثيرة أو صالح بها من دعواه ، فاستحق بعضها أو وجد بها [ق / ٩٨/ ٨ب] عيبًا قبل قبضها أو بعد ، فإن كان ذلك أقلها رجع بحصته من الثمن

فقط ، وإن كان وجه الصفقة .

محمد : مثل أن يقع له أكثر من نصف الثمن ، انتقض ذلك كله ورد ما بقى ، ثم لا يجوز أن يتماسك بما بقى بحصته من الثمن وإن رضى البائع ، إذ لا يعرف ذلك حتى يقوم وقد وجب الرد ، فصار بيعًا مؤتنفًا بثمن مجهول ، وأجازه ابن حبيب .

ولو كان ما ابتـاع مكيلاً أو موزونًا ، فإن اسـتحق القليل منه رجع بحصتـه من الثمن ولزمه ما بقى .

وإن كان كثيرا فهو مخير في أن يحبس ما بقى بحصته من الثمن أو يرده .

وكذلك في جزء شائع ما لا ينقسم ، لأن حصته من الثمن معلومة قبل الرضى به .

قال مالك : ومن ابتاع سلعًا كثـيرة صفقة واحدة ، فإنما يقع لكل سلعة منهـا حصتها من الثمن يوم وقعت الصـفقة ، ومن ابتاع صبرة قمح وصـبرة شعير جزافًـا في صفقة بمائة دينار أو ثيابًا على أن لكل صبـرة خمسين ديناراً أو ثيابًا أو رقيقًـا على أن لكل عبد أو ثوب من الثمن كذا وكذا ، فاسـتحق أحد الصبرتين أو أحد العبيد أو الثـياب ، فإن الثمن يقسم على جميع الصفقة فما أصـاب الذى استحق من الثمن وضع عن المبتاع ، يعنى إذا لم يكن وجه الصـفقـة ، ولا ينظر إلى ما للأحـياء من الثـمن ، لأنه لم يبع هذه بكذا إلا على أن الأخرى بكذا ، فبعضها يحمل بعضًا ، وقيل : البيع فاسداً إذا أطلق هكذا ، لأنه كالمشترط إلا نصف الثمن ، وأن ما سميا هو الذي يرجع به في الاستحقاق .

محمد : فإن كان الثمن مما لا ينـقسم رجع بقيمة الحصة التى قـابلت منه المستحق ، يريد : مثل أن يكون الثمن عبـدًا ، وقد استحق ربع الصفقة ، فإنه يرجع بربع قـيمة العبد ولا يرجع في عينه إن كـان قائما لضـرر الشركة ، وقاله ابن الـقاسم وأشهب فيـمن وجد بعض الصفقة عيبًا .

وقال أشهب أيضا : بل يرفع في غير العبد نفسه .

ومن « المدونة » : وإن اشترى صبرة القمح وصـبرة الشعير على الكيل ، على أن كل قفيز بدينار ، لم يجز البيع للغرر ، إذ لا يدرى كم القمح من الشعير .

ومن غير « المدونة » : وإن قال : عشـرة أقفزة من هذا وعشرة من هذا ، كل قـفيز بدينار ، جاز .

ومن « المدونة » : ومن اشترى عبدين في صفقة فاستحق أحدهما بحرية بعد أن قبضه أو قبل ، قال : فإن كان وجه الصفقـة ، فله رد الباقى ، وإن لم يكن وجه الصفقة ، لزمه الباقى بحصته من الثمن .

وإنما يقوِّم المستحق قيمته أن لو كان عبدًا .

وكذلك لو كان المستحق مكاتبًا أو مدبرًا أو أم الولد .

في المتصالحين على الإقرار أو الإنكار يستحق ما بيد أحدهما

قال ابن القاسم : ومن ادعى شيئا بيد رجل ثم اصطلحا على الإقرار على عوض ، فاستحق ما أخذ المدعى ، فليرجع على صاحبه فيأخذ منه ما أقر له به إن لم يفت .

فإن فات بتغير سوق أو بدن وهو عرض أو حيوان ، رجع بقيمته ، حكم حكم البيع سواء .

قال أشهب في « المجموعة » : وإن استحق ما بيد المدعى عليه بالبينة والحكم ، فليرجع على المدعى بما دفع إليه .

وقال الطحاوى في «كتابه» : لا يرجع عليه بشيء ، لأنه أقر به المدعى وأن ما أخذ منه ظلم ، وذكر أن هذا قول أهل المدينة وابن أبى ليلى ومن قال بقولهم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كان الصلح على الإنكار فاستحق ما بيد المدعى عليه ، فليرجع بما دفع إن لم يفت .

فإن فات بتغير سوق أو بدن وهو عرض أو حيوان ، رجع بقيمته .

وقال في « المجموعة » : إن استحق بحضرة الصلح ، فليرجع بما دفع .

وإن كان ذلك قد تطاول في مثل ما تهلك فيه الثياب وينقطع فيه العمل ، فلا يرجع بشيء ، لأن من صالح يقول : كانت لى بينة عادلة فمعنى من أن أثبت حقى ودفعتنى بما أعطنى ، فلما هلكت بينتى وأخذت من يدل بالجور والعداء تريد أن ترجع عليَّ ، فلا أرى له أن يرجع عليه ، والصلح لهما لازم .

وقال سحنون في «كتاب ابنه» : لا يرجع على المدعى بشيء لأنه إنما أعطاه ما صالحه عليه دفعًا للخصومة له عن نفسه لا لشيء ثبت له عليه ، ومن أصحابنا من يرى له الرجوع عليه بما أعطاه أو قيمته أو مثله ، لأنه يقول : إنما أعطيتك خوفًا أن يستحق ما بيدى ، وإذا لم يكن لك ملك فبأى شيء تأخذ منى ما صالحتنى عليه ؟

قال سحنون : والأول أبين وأثبت .

قال سحنون : وإن استحق ما قبض المدعى والصلح على الإنكار ، فليرجع بقيمة ما قبض أو مثله إن كان يوجد له مثل .

وقال ابن اللباد : المعروف من قول أصحابنا : إذا استحق ما بيد المدعى والصلح على الإنكار أنهما يرجعان على الخصومة ، وقاله أبو سعيد ابن أخى همام وغيره .

م : والصواب في هذا أن يرجع بقيمة ما استحق من يده أو مثله ، لأن الرجوع إلى الخصومة غرر ، إذ لا يدرى ما يصح له ، فلا يرجع من معلوم إلى مجهول ، ويكون لمن صالح من دم عمد وجب له على عبد فاستحق ، فإنه يرجع بيمته ، إذ لا ثمن معلوم لعوضه ، فكذلك هذا .

م : وتحصيل هذا الاختلاف أنه لا خلاف إذا استحق مما بيد المدعى والصلح على الإقرار [ق / ٩٩ / ٨ب] أنه يرجع في شيئه أو قيمته أو مثله إن فات ، كالبيع .

وإن استحق ما بيد المدعى عليه ، فقيل : يرجع بما دفع ، وقيل : لا يرجع .

فإن كان الصلح على الإنكار فاستحق ما أخذ المدعى ، فقيل : يرجع بقيمة ما قبض أو مثله ، وقيل : يرجعان على الخصومة .

وإن استحق ما بيد المدعى عليه ، فقيل : يرجع بما دفع إليه ، وقيل : لا يرجع بشيء، وقيل : إن استحق بحضرة الصلح رجع ، وإن كان بعد الطول الكثير لم يرجع .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم ومن كان له على رجل مائتان فصالحه على أن يترك له مائة وعلى أن يأخذ بالمائة الأخرى عبده ميمونًا ، فذلك جائز .

فإن استحق العبد ، فإنه يرجع بالمائتين ، لأن مالكًا قال فيمن باع سلعة بثمن سماه على أن يأخذ بذلك الثمن سلعة بعينها نقدًا أو مضمونة مؤجلة :إن البيع إنما وقع بتلك السلعة ، ولا أنظر إلى اللفظ ، ولكن إلى ما انعقد من الفعل ، فإذا صح الفعل لم يضرهم قبح اللفظ .

فيمن نكح أو خالع أو صالح من دم عمدٍ على عوض ، أو قاطع له مكاتبًا ثم استحق العوض

قال مالك : ومن صالح من دم عمد وجب له على عبد ، جاز ذلك ، فإن استحق العبد رجع بقيمته ، إذ لا ثمن معلوم لعوضه ، ولا سبيل إلى القتل .

وكذلك من نكح بعبد فاستحق أو وجدت المرأة به عليبًا ، فإنها ترده وترجع على الزوج ، بقيمة العبد لا بمهر مثلها ، وتبقى له زوجته ، والخلع بهذه المنزلة .

قال أشهب في « المجموعة » : وسواء استحق بملك أو بحرية ، فإنما ترجع بقيمته .

وقال المغيرة : إذا استحق بحرية رجعت بصداق المثل ، وكأنه لم يمهرها شيئا ، وإن

استحق بملك رجعت بقيمتـه لأن ربه لو تركه للزوج لم يكن لها غيره ، ولو مات في يديها ثم استحق بملك ، فلا شيء لها ويرجع ربه على الزوج .

وإن استحق بحرية ، رجعت عليه بصداق المثل ، لأنه لم يعطها شيئا .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن تزوجت المرأة بشـقص من دار ، فأراد الشفيع أن يأخذه ، فليأخذه بقيمة الشقص لا بصداق مثلها .

ومن كاتب عبـده على عرض موصوف أو حيوان أو طعـام ، فقبضه فأعـتق العبد ثم استحق ما دفع العبد من ذلك ، فأحب إليَّ ألا يرد العتق ، ولكن يرجع عليه بمثل ذلك .

قال في «كتاب المكاتب» : وإن قاطع سيده على عبد فاعـترف به مسروقًا ، فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد .

قال ابن نافع : فإن لم يكن له مال عاد مكاتبًا .

وقال أشهب : لا يرد عتقه ، لأن حرمته قد تمت ، ويتبع بذلك .

قالا عن مالك : وإن قاطع سـيده على وديعة أودعت عنده فاعـترفت ، فليرد عتـقه ويرجع مكاتبًا .

وقال ابن القاسم : إن غر سيده بشيء تقدمت له فيه شـبهة ملك ثم استحق ، مضى عتقه ويرجع عـليه بقيمة ما استـحق في ملائه ، ويتبع به في عدمه ،وإن لم يتـقدم له فيه شبهة ملك رجع مكاتبًا .

ومن «كتاب الاستحقاق» : فإن أعتقه على شيء مما ذكرنا بعينه وهو عبد غير مكاتب ثم استحق ذلك ، فالعتق ماض لا يرد ، وهذا بيِّن لا شك فيه لأنه كأنه مال انتزعه منه ثم أعتقه .

قال ابن القاسم في «كتاب التدليس» : ولو باعته نفسها بجارية ، وليست له يومئذ.

قال يحيى : هو يعينها في ملك غيره .

قال ابن القاسم : ثم وجدت به عـيبًا ، فلتردها عليـه وتتبعه بقـيمتهـا وهو حر تام الشهادة .

في استحقاق الثمن أو المثمون أو بعض ذلك ، وفي بيع العرض بالعرض

قال مالك : ومن اشترى عبدًا فأصابه عيبًا ، وصالحه البائع على العيب على عبد آخر دفعه إليه ، جاز وكأنها في صفقة ، فإن استحق أحدهما فليقض الثمن عليهما وينظر ، هل

هو وجه الصفقة أم لا؟ كما وصفنا فيمن ابتاع عبدين في صفقة فاستحق أحدهما ، ومن باع عبداً بعبد فاستحق أحدهما من يد مبتاعه أو رده بعيب ، فإنه يرجع في عبده الذى أعطاه فيأخذ إن وجده ، وإن فات بتغيير سوق أو بدن لم يكن له إلا قيمة يوم الصفقة ،ولا يجتمع لأحد في هذا خيار في أخذ سلعته أو تضمينها .

قال مالك : وإن بعث عبداً بثوب فاستحق الثوب وقد عتق العبد ، فإنك ترجع بقيمة العبد .

وإن ابتعت جارية بعبد فحال سوقها عندك أو ولدت الأولاد ، ثم استحق العبد بملك أو بحرية ، فإنما عليك قيمة الجارية يوم الصفقة ، وكذلك إن زوجت الأمة ثم استحث العبد أو وجدت به عيب ، فذلك في الجارية فوت ، أخذت لها مهراً أم لا ، وعليك قمتها يوم الصفقة ، لأن التزويج عيب .

وقد قال مالك فيمن ابتاع أمة فزوجها ثم وجد بها عيبًا : فليردها وما نقص التزويج ، والنكاح لا شك أنه نقصان عند الناس وإن كانت من وخش الرقيق .

قال مالك : ومن باع جارية بعبد ، فقبضه ثم أعتقه ، ثم استحق نصف الجارية قبل حوالة سوقها ، فلمبتاعها حبس نصفها الباقى [ق / ١٠٠/ ٨ب] والرجوع بنصف قيمة عبده، أو رد باقيها ويأخذ جميع قيمة عبده لفوته بالعتق ، وذلك إن كان الغلام الذى استحق نصفه والجارية هى المعتقة على ما ذكرنا .

م : ولو كان العبد قائمًا لم يعتق فأراد أن يتمسك بنصف الجارية ويرجع بنصف العبد، لم يكن له ذلك عند ابن القاسم لضرر الشركة ، وله ذلك عند أشهب .

م : وقال في قيام البعد : له حبس نصف الجارية والرجوع بنصف قيمة العبد ، مع قدرته على رد نصف الجارية وأخذ جميع العبد ، فصار إذا حبس أخذ نصف قيمة العبد ، وذلك مجهول ، وقد أمكنه الرد ، فهذا رجوع منه إلى ما روى ابن حبيب أن ذلك جائز ، إلا أن تقول : لا يكون له الخيار إلا بعد معرفة نصف قيمة العبد .

وقال ابن القاسم في «كتاب القسم» : ومن ابتاع عبداً فباع نصفه ثم استحق رجل ربع جميع العبد ، فقد جرى الاستحقاق فيما بيع وفيما بقى .

ومن قول مالك فيمن ابتاع عبداً فاستحق أيسره : إن له رده كله لضرر الشركة فيه ، وللمستحق في مسألتك أن يأخذ الربع من جميعه ، مما باع المبتاع ومما أبقى ، ثم للمبتاع الثانى أن يرجع بثمنه على بائعه بقدر ما استحق من العبد من حصته ، أو رد بقية صفقته إن شاء ، ويكون المشترى الأول مخيراً كما وصفنا .

قال سحنون : هذه « حط » ، وإنما يقع الاستحقاق فيما أبقى بيده دون ما باع ، ويرجع المشترى على بائعه بقدر ما استحق ، وليس له أن يرد ما بقى ، لأنه قد باع نصف العبد .

م : وإنما جعل ابن القاسم للمبتاع الثانى الرد ـ وهو على ضرر الشركة دخل ـ لزيادة الضرر عليه ، لأنه يقول : إنما رضيت بمشاركتك بنصفك فإذا دخل معنا ثالث فلا أرضى بمشاركته ، لوجوه يعتذر بها ، كالشفيع إذا قيل له : إن فلانًا قد ابتاع نصيب شريكك ، فسلم ثم ظهر أنه ابتاعه فلان وآخر معه ، فله القيام بشفعته لزيادة الضرر عليه .

في استحقاق الهبة
أو العوض عنها

قال مالك : ومن وهب لرجل هبة ثم عوضه منها ، فاستحق العوض ، فإنه يرجع في هبته إن كانت قائمة ، إلا أن يعوضه قيمتها فيلزمه ، وليس للواهب قيمة العوض وإن كانت أكثر من الهبة ، لأن الذى زاده أولاً في عوضه على قيمة هبته إنما كان تطولاً ، فإن استحقت الهبة رجع في العوض ، إلا أن يفوت في ملك أو سوق فيأخذ قيمته يوم قبضة الواهب .

قال أشهب في « المجموعة » : وإن كان أثابك ذلك بعد ما لزمته هبتك بقيمتها ، فإنما باعك ذلك بيعًا بالقيمة ، فإنما لك عليه إذا استحق ذلك بيدك قيمة هبتك .

وإن كان إنما أثابك بذلك قبل أن تلزمه قيمة الهبة ، فذلك بيع للعوض بسلعتك ، فإنما لك عليه قيمة ما أخذ منك بسلعته المستحقة ، كمن باع سلعة بسلعة .

ولو أثابك دنانير قبل أن تلزمه السلعة بقيمتها فاستحقت الدنانير ، فإنك ترجع بمثل تلك الدنانير .

ولو أثابكما بعد أن لزمته هبتك بالقيمة ، فإنما ترجع عليه بقيمة سلعتك وما كان زادك أولاً صلة ، ليس لك الرجوع عليه بها ، إلا أن يكون كان أثابك دنانير أقل من قيمتها فقبلتها ثم استحقت ، فلترجع بمثل تلك الدنانير لا بهبتك ولا بقيمتها في فوتها ، وهذا كمن تزوج بتفويض فدفع إليها دنانير أو عرضًا في صداقها قبل البناء فاستحق ذلك من يدها ، فإنها ترجع عليه بجميع ما اعترف من يدها الذي كان أصدقها وإن دفع إليها ذلك بعد البناء ، فليرجع عليه بصداق المثل يوم عقد النكاح .

فيمن شهد بموته فقسم ماله
أو بيع ، ثم استحقت رقبته أو قدم حيًا

قال ابن القاسم: ومن أوصى بحج أو غيره ثم مات ، فبيعت تركته وأنفذت وصيته ،

ثم استحقت رقبته ، فإن كان معروفًا بالحرية لم يضمن الوصى ولا متولي الحج شيئا ، ويأخذ السيد ما كان قائمًا من التركة لم يبع ، وما بيع وهو قائم بيد مبتاعه ، فلايأخذه السيد إلا بالثمن ، ويرجع بذلك الثمن على البائع .

وكذلك قال مالك فيمن شهدت بينة بموته فبيعت تركته وتزوجت زوجته ، ثم قدم حيًا، فإن ذكر الشهود ما يعذرون به في رفع تعمد الكذب ، مثل أن يروه في معركة القتلى طريحًا فظنوا أنه ميت ، أو طعن فلم يتبين لهم أن به حياة ، أو شهدوا على شهادة غيرهم، فهذا ترد إليه زوجته ، وليس له من متاعه إلا ما وجده لم يبع ، وما بيع فهو أحق به بالثمن إن وجده قائما .

وأما إن فاتت عينه بيد مبتاعه أو تغيرت عينه في يده أو فات بعتق أو رهن أو كتابة ، أو أمة تحمل من السيد ، أو صغير يكبر ، فإنما له الرجوع بالثمن على من باع ذلك كله وإن لم تأتى البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم ، فذلك كتعمدهم للزور ،فليأخذ متاعه حيث وجده ، وإن شاء أخذ الثمن الذى بيع به ، وترد إليه [ق / ١٠١/ ٨ب] زوجته، وله أخذ ما عتق من عبد أو كوتب أو دبر أو صغير كبر أو أمة اتخذت أم ولد ، فيأخذها وقيمة ولدها من المبتاع يوم الحكم كالمغصوبة يجدها بيد المشترى .

وقال عبد الملك في « المجموعة » : إذا نُعي الرجل ثم قدم حيًا ، فإن ما بيع من ماله ماضٍ ، وقد بيع بشبهة ووطئ بها الفرج واستحل ورفع به الضمان ، وأما الزوجة فترد إليه، وما أنفذ له من عتق مدبرية فليرد ، وكذلك أم الولد .

م : فرقوا بين هذه المسائل وبين مسائل الاستحقاق لتولى الحاكم بيع ذلك قياسًا على ما بيع في المغانم لقول النبى عليه السلام للذى وجد بعيره في المغنم : « **إن وجدته فخذه وإن قسم فأنت أحق به بالثمن** » ، وإنما فرقوا بين الذى لم يعرف بالحرية وشهادتهم بغير تحقيق موته وبين شهادتهم بتحقيق موته وإن كان الحاكم قد ولى بيع ذلك كله ، لأن هؤلاء كالغاصب ، كما لو غصب رجل عبداً فباعه عليه الحاكم في دين ولم يعلم بغصبه ، فإن لربه إن أتى أن ينقض البيع ويأخذه وإن بيع بحكم الحاكم ، لأنه بيع بغير حق ولا شبهة ملك ، وكمقاطعة المكاتب سيده بما لم تتقدم له فيه شبهة ملك ، إن ذلك ينقض وإنما رددت إليه زوجته على كل حال ، وإن دخل بها ، بخلاف امرأة المفقود ، لأن المفقود تزوجت امرأته مع إمكان حياته لما تقدم لها من ضرب الأجل والتلوم ، وإن لم يمت بعد .

م : وتشبيه هذه المسألة بمسألة الذي باع الحاكم عليه متاعه في دين ثبت عليه في غيبته، فيأتى فيثبت بالبينة أنه كان قضاه ، فلا يأخذ شيئا مما بيع عليه حتى يدفع الثمن للمشترى .

م : اعرف أن كل ما باعــه الإمام يظنه لرجل فإذا هو لغيــره ، فربه أحق به بالثمن ، أصله ما بيع في المغانم ثم استــحقه رجل ، أنه له ، وهذه المسألة التى استحقت رقـبته بعد موته ، والذى شهدت البينة بموته ثم ذكروا ما يعذرون به .

وأما ما باعه على ربه لغيبته في حق عليه كمن قيم عليه بدين فبيع ريعه أو رقيقه ، ثم قدم فأثبت أنه قد قـضى الدين ، أو بيع عليه رقيقه أو حيوانه أو مـتاعه ، لأن ذلك مال ، أو وجد مع اللصــوص ثم أتى ربه وأقام البينة أن ذلك له ، فـليس له أخذ ذلك ، لأنه بيع عليه بيع نظر له ، فهو بخلاف ما بيع يظن أنه له فإذا هو لغيره ، فاعلم ذلك .

في استحقاق الثمن والمثمون في السلم

قال ابن الـقاسم : والقـضاء في الدنانيــر والدراهم إذا استــحقت في البــيع ، إنه لا ينتقض، لأنها أثمان لا تراد لأعيانها ، وسائر المثمونات تراد لأعيانها .

وكذلك ما استحقت من السلع المضمونة رجعت بمثله ، بخلاف المعينات ، فمن أسلم دنانير في طعام أو غــيره فاستحقت بيد المسلــم إليه قبل أن يقبض ما أستلمــه فيه أو بعد ، فالسلم تام وعليك مثلها .

وكذلك الدراهم والفلوس ، وذلك في البيع الناجز .

قال سحنون في « المجـموعة » : ومن لا يجيز القراض بالتبــر يرى أنها إذا استحقت انتقض السلم .

قال ابن القاسم : ولو أسلمت عرضًا أو حيوانًا أو رقيــقًا أو شيئا من السلع في حنطة موصوفة فاســتحق ما دفعت أو وجد به عيب قبل أن تقبض الطعام أو بعــد قبضه ، فالسلم ينتقض ، وترجع فـتأخذ طعامك إن كان قـائمًا ، أو مثله إن فات . وإن أسلمت شــيئا مما يكال أو يوزن من طعام أو عرض فيما يجوز أن يسلم فــيه ، فاستحق ما دفعت أو وجد به عــيبًـا فرده ، فـإن السلم ينتقض ولا يرجع عــليك بمثل كيله ولا وزنه [ ] أن من ابتـاع طعامًا كيلاً أو وزنًا فتلف قبل أن يقبضه انتقض البيع ، وليس للبائع أن يأتى بطعام مثله ولا ذلك عليه .

وإن ابتعت عرضًا بعــرض ثم استحق أحد العرضين ، انتقض لبــيع ورجع من استحق ذلك من يده على صاحبه بعرضه فيأخذه .

فإن فات بتغير بدن أو سوق ، رجع بقيمته ، وإن كان العرض الذى يرجع به مما يكال أو يوزن ، أو كان طعامًــا يكال أو يوزن أخذه وإن حال سوقه ، إلا أن يفوت أو يتــغير في

عينه فيرجع بمثله إلا أن كيون ابتاعها بجزاف فـفيه القيمة يوم البيع كالعروض ، ومن سلف في طعام مضمون أو سلعـة أو عبد فلما قبضه استحق من يده ، فـإنه يرجع بمثله في صفته التى شرط ، لا ينظر أزاد عنده أو نقص ، ولا ينتقض السلف .

ومن ابتاع سلعة على أن يهبه البائع أو يتصدق عليه ، فإن كان شيئا معلومًا جاز ذلك، فإن استحقت السلعة وفاتت الهبة فإن الثمن يقبض على قيمتها من قيمة الهبة ، فيرجع من الثمن بحصة السلعة ، لأن الثمن إنما وقع على السلعة وعلى ما شرط من الهبة .

يريد : كانت السلعة وجه الصـفقة أو لم تكن ، إذا كان الثمن عينًا أو كـان عرضًا قد فات .

وأما لو كان عرضًا قائمًا لا لكان وجه الصفقة من غيره ، فإن كانت السلعة هى الوجه رد قيـمة الهـبة وأخـذ عرضـه ومن قال [ق / ١٠٢/ ٨ب] لرجل : أبيـعك عبـدى هذا بخمسة أثواب موصوفة إلى أجل ، فالعبد رأس المال .

ولو قال له : اشترى منك عبدك هذا بعشرة أثواب إلى أجل ، فالعبد رأي المال ، فإن استحق العبد بطل السلم ، ومن أسلـم ثوبًا في عشرة أرداب حنطة إلى أجل وعشرة دراهم إلى أجل أبعد منه ، جاز ذلك .

فإن استحق نصف الثوب قبل أن يدفعه أو بعد ، فالمسلم إليه مخير في رد باقى الثوب وينتقض السلم ، أو التماسك بنصفه ويلزمه نصف الطعام ونصف الدراهم ، لأن من ابتاع عبـدًا أو ثوبًا فاستحق نصـف ذلك ، خير المبتـاع في رد باقيه أو يتـماسك به ويرجع على البائع بنصف الثمن وإن كـره ، وكذلك كل ما يدخله ضرر الشركة ، فـما استحق منه من جزء قلَّ أو كثـر ، فله نقض البيع لضرر الشركـة في منع وطء الأمة والسفر بالعـبد ونحو ذلك ، وهو مما لا ينقسم ، وله الرضا بباقيه والرجوع بحصة المستحق من الثمن .

محـمد : فأمـا جماعة رقـيق يستحق منهـم جزءًا شائعًا ، فـإن أخرجه القـسم فهى كاستحقاق رأس بعينه .

وإن لم يخرجه القسم فهو كاستحقاق بعض عبد .

قال ابن القاسم : ومن أسلم ثوبين في فرس موصوف ، فاستحق أحدهما ، فإن كان وجه الثوبين بطل السلم ، وإن كان الآخر رده ورجع بقيمته وثبت السلم ، فهذا وما بيع يدًا بيد سواء ، ما يفسخ في بيع يد بيد يفسخ في السلم .

وروى محمد : أنه يرجع بحصته من قـيمة الفرس ، فإن كان قيـمة أحد الثوبين من قيمة صاحبه الربع ، رجع بربع قيمة الفرس في صفقته إلى أجله وثبت السلم .

قال محمد : قيمة الفرس إلى أجله على مثل بائعه .

يريد : إن كان الثوب الربع أعطاه ربع قيمة الفرس نقدًا على أن يقبض الفرس إلى الأجل .

م : يريد ، لضرر الشركة .

وعلى قول أشهب يأتي المسلم إليه بالفرس عند الأجل على الصفة ويكون له ربعه .

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن اشترى دابة بثوبين قيمتهما سواء فاستحق أحدهما، قال : يرجع بنصف قيمة الدابة ، فاتت أو لم تفت .

م : وقيل : فإن أسلم ثوبين قيمتهما سواء في فرسين صفقة واحدة ، فاستحق أحد الثوبين لوجب أن يسقط أحد الفرسين ويبقى له عليه فرس إلى أجل ، لأن كل ثوب له نصف كل فرس ، فإذا بقى له نصف فرس جمع له ذلك في فرس واحد لاتفاق الصفقة ، وجبر على الإتيان بفرس ، كما لو أسلم إليه في نصف فرس أسلم إليه في نصف فرس على الصفة ، لجبر أن يأتيه بفرس كامل ، وكمن باع بنصف دينار ثم باع بنصف آخر ، لأجبر على زن يأتيه بدينار كامل .

ولو أسلم ثوبين متكافئين في طعام ، فاستحق أحدهما ، فرضى بالباقى ، فقال مشترى الطعام : قد ذهب نصف ما اشتريت وقد قصدت شراء الجملة لرخصه فله حجة في فسخ البيع ، كاستحقاق نصف الطعام .

القضاء في الاستحقاق وفي بيع الحلى بمثله أو بخلافه وأخذ الثمن

قال ابن القاسم : ومن اشترى إبريق فضة بدنانير أو بدراهم ، فاستحقت الدنانير أو الدراهم انتقض البيع ، لأنه صرف ، وكان مالك يكره هذه الأشياء التى تتخذ من الذهب والفضة من الأباريق والمداهن والمجامر ، وكره أن تشترى .

ومن اشترى خلخالين من رجل بدنانير أو دراهم فنقده ، ثم استحقها رجل بعد التفرق، فأراد إجازة البيع وأخذ الثمن من البائع ، لم يجز ذلك .

ولو استحقها قبل تفرق المتبايعين واختار أخذ الثمن ، فلا بأس به إن حضر الخلخال وأخذ الثمن مكانه .

ولو كان المبتاع قد بعث بهما إلى بيته لم تجز ، ولو افترقا لم أنظر إلى ذلك الافتراق ، ولكن إذا حضر الخلخالان لم يجز .

قال أشهب : هذا استحسان ، والقياس الفسخ ، لأنه صرف فيه خيار .

قال سحنون : القياس قول ابن القاسم ، وقول أشهب : « أنه مفسوخ » ليس بشيء، وجميع هذا موعب في كتاب الصرف .

فيمن يعرف شيئه فيهلك قبل أن يقضى له به

من « العتبية » : قال سحنون : قال مالك فيمن أقام بينة في عبد أنه غصب منه ، وهو في يد مشتر ، فمات العبد بعد قيام البينة : فإن مصيبته من الذى استحقه .

قال سحنون : وأنا أقول : إن المصيبة من المشترى حتى يقضى به لمستحقه .

وقال عنه ابن القاسم في رجل اعترف جارية عند مبتاع وأقام عدلين أنها له ، فهلكت الجارية بيد المبتاع قبل أن يقضى بها لمستحقها ، قال مالك : مصيبتها من الذى اعترفها ولا شيء له من ثمنها .

وقال ابن القاسم : ويرجع المبتاع بالثمن على بائعه ، وهذا ما لم يكن وطئها المبتاع ، فإن كان وطئها ولم يدع استبرائها فماتت قبل أن تستبرأ ، فإن مصيبتها منه ، لأن كل من عليه أن يستبرئ فالمصيبة منه حتى يستبرئ .

قال عيسى عن ابن القاسم فيمن ادعى عبداً أو دابة بيد رجل وزعم أنه استودعها ذلك، فأنكر من هو بيده فخاصمه ، فماتت الدابة أو العبد قبل أن يستحقها صاحبها ، فإن الجاحد غارم لقيمتها [ق / ١٠٣ / ٨ب] وكذلك الدار يجحدها ثم تستحق وقد انهدمت أو غرقت أو احترقت بعد لجحود ، إن الجاحد ضامن لقيمتها يوم جحدها إذا ثبت أنه أودعه ذلك ، فإن أثبت أنه اغتصبه إياها ضمن قيمتها يوم غصبها ، ونحوه في « المدونة » .

تم «كتاب الاستحقاق» بحمد الله وعونه ، وصلواته على خير خلقه محمد وآله .

بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه
وسلم تسليمًا

كتاب الحبس

في الحبس والصدقة والهبة ، والسنة في الأحباس أو ما يوزن أو يباع

روى أن النبى ﷺ حبس سبع حوائط أوصى بها مخيرق لما قتل يوم أحد أن يضعها حيث آراد الله ، فحبسها وهى من أموال بنى النضير ، وذلك لاثنين وثلاثين من الهجرة .

وقال النبى ﷺ لعمر بن الخطاب في الحائط الذى أراد صدقته : « **احبس أصله سبل ثمره** » (١) ، ففعل وذلك على سبع سنين من الهجرة .

ابن حبيب : ويقال له ثمغ .

وقال محمد بن سعد بن زرارة : وما أعلم أن أحدًا من المهاجرين والأنصار من الصحابة إلا وقد أوقف من ماله حبسًا ، منهم عمر وابن عمر وعثمان وعلى وطلحة والزبير وزيد بن ثابت وعمرو بن العاص وعبد الله بن زيد وأبو طلحة وأبو دجانة وغيرهم ، وجعلها عمر للسائل والمحروم والضيف ولذى القربى وفي سبيل الله وابن السبيل .

فصل

قال مالك : وقال شريح : لا حبس عن فرائض الله تعالى .

م : يريد أنه يورث .

قال مالك : تكلم شريح ببلده ولم يرد المدينة ، فيرى أحباس الصحابة باقية ، فينبغى للمرء ألا يتكلم إلا فيما أحاط به خُبرا .

قال ابن عبدوس : والأحباس من ناحية المساجد ، فإن جاز أن تورث المساجد جاز ذلك في الأحباس ، ولا خلاف في المساجد وبقاء أحباس الصحابة دائرة دليل على منع ميراثها وبيعها .

---

(١) أخرجه النسائى (٣٦٠١) وفى « الكبرى » (٦٤٣٠) وابن ماجة (٢٣٩٧) وأحمد (٥٩٤٧) وابن خزيمة (٢٤٨٦) وابن حبان (٤٨٩٩) والبيهقى فى «الكبرى» (١١٦٧٢) من حديث ابن عمر ـ رضى الله عنهما.

قال سحنون : ولم يجز أصحابنا بيع الحبس بحال ، إلا دارًا بجوار المسجد احتيج أن تضاف إليه ليتوسع بها ، فأجازوا ذلك ، ويشترى بمنها دارًا ما يكون حبسًا ، وقد أدخل في مسجد النبى عليه السلام دور حبس كانت تليه .

وذكر ابن وهب في « موطأه » أن ربيعة قال في بيع ربع دثر وتعطل أن يعاوض : به في ربع مثله في عمارة يكون حبسًا .

وقال ابن القاسم عن مالك : لا يباع الحبس من الدور غيرها وإن خربت الدار وصارت عرصة ، ولقد كان البيع أمثل .

قال مالك : ومن باع الحبس فسخ البيع إلى أن يغلب على بيعه سلطان فأدخله في موضع ودفع إليهم ثمنًا ، فليشتروا به دارًا مكانها من غير أن يقضى به عليهم .

وكذلك إن باعها فأدخلت في مسجد ، وقاله ابن القاسم .

وقال عبد المالك : يقضى عليه أن يشترى بثمنها مثلها .

قال : وأما إن استحق الحبس أو الصدقة فأخذ فيه ثمنا فليصنع به المحبس أو المتصدق ما شاء لأنه لم يحبس الثمن إنما حبس شيئا بعينه فاستحق ، وقاله ابن القاسم وأشهب ، وهو قول مالك .

وقال عبد الملك : ومن حبس عبدًا للمسجد يخدم فيه ، أو فرشًا، فيقتلان ، فليخلف بأثمانهما مثلهما في ذلك الحبس .

وقال : في مال العبد الحبس إذا مات ، يخلف به مثله في مثل ذلك ، لأنه خلّده . ولو حبسه على رجل بعينه حياة العبد فمات العبد ، لرجع ماله إلى سيده .

ومن « المدونة » : قال : ومن حبس رقيقًا أو دابة في سبيل الله استعملوا في ذلك ولم يباعوا ، ولا بأس أن يحبس الرجل الثياب والسروج .

قال مالك : وما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله حتى لا تكون فيها قوة على الغزو بيعت واشترى بثمنها ما ينتفع به من الخيل فتجعل في السبيل .

قال ابن القاسم : فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعان بذلك في ثمن فرس .

قال ابن وهب عن مالك : وكذلك الفرس يخبث ويكلب .

قال ابن القاسم : وما بلى من الثياب المحبسة ولم تبق فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها ، وإن لم تبلغ تصدق به في السبيل .

قال سحنون : وقد روى غيره أنه لا يباع ما حبس من عبد أو ثوب ، كما لا يباع

الربع المحبس إذا خرب ، وبقاء أحباس الصحابة خرابًا دليل على أن بيعه غير مستقيم ، وإن كان قد روى عن ربيعة وغيره في الرباع والحيوان خلاف هذا إذا رأى ذلك الإمام .

قال ابن الجهم : إنما لم يبع الربع المحبس إذا خرب لأنه يمكن أن يوجد من يصلحه بإجارته سنين فيعود كما كان ، وأما الفرس إذا حطم فلا يرجع كما كان أبدًا ، فلذلك يباع ويشترى غيره .

قال أبو محمد : أصل هذا في غير الرباع حديث عمر في الفرس الذى تصدق به فخبث فبيع ، فنهاه النبى عليه السلام عن شرائه لئلا يكون كالعائد في صدقته ، ولم ينه غيره .

في الحبس المبهم أو على مجهولين أو معنين أو قال : حبس صدقة أو حبس سكنى

[ق/ ١٠٤/ ٨ب] **قال مالك** : ومن حبس في سبيل الله فرسًا له أو متاعًا ، فسبل الله كثيرة ولا يصدق ذلك في الغزو ، ويجوز أن يصرف في مواجير الرباط بالأسكندرية ونحوها ، وسواحل الشام ومصرف تونس بالمغرب .

وسئل عمن أوصى بمال في سبيل الله فأراد وصيه أن يفرقه في جدة ، فنهاه مالك عن ذلك وأمره أن يفرقه في السواحل .

فقيل لمالك : إن العدو نزل بها .

فقال : إنما كان ذلك شيئا خفيفًا ، وسأله قوم أيام كان من دهلك ما كان وقد تجهزوا يريدون الغزو إلى عسقلان والإسكندرية ، واستشاروه أن ينصرفوا إلى جدة ، فنهاهم عن ذلك وقال لهم : ألحقوا بالسواحل .

قال يحيى بن عمر : دهلك أمير ناحية من بلد السودان .

ابن وهب : وقال ربيعة كل ما جعل حبسًا أو صدقة ، فذلك يصرف في مواضع الصدقة حيث يجوز النفع به ، إن كانت دوابًا ففي الجهاد ، وإن أتت غلة أموال فعلى ما يراه الإمام من أوجه الصدقة .

قال مالك في « لمجموعة » فيمن حبس في سبيل الله : قال : هذا لا يكون إلا في الجهاد .

قال أشهب : كل سبيل خير يدخل فيها .

قال : والقياس في أى سبل الخير وضع فيها جاز ذلك ، والاستحسان أن يجعل في الغزو ، ولأنه جل ما يعنون به من ذلك ، وهو أحب إلى ، إلا أن يكون في سواحل

المسلمين المخوف فيها من العدو .

قال ابن كنانة : من حبس داراً في سبيل الله فلا يسكنها إلا المجاهدون والمرابطون ، ثم من مات منهم فلا تخرج امرأته منها حتى تتم عدتها ، ويخرج منها من ليس بمرابط ولا مجاهد والصغير من ولد الميت .

قال : ومن حبس ناقته في سبيل الله فلا ينتفع بها ولا بنتاجها إلا في سبيل الله ، وله أن ينتفع بلبنها لقيامه عليها .

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم : ولو أوصى بشراء عبد يجعله في السبيل ، قال : يشترى ويجعل في الرباط يخدم الغزاة ، قيل : فطعامه ؟

قيل : يعمل في طعامه .

قال سحنون : ومن قال : ثمر حائطى حبس ، ولا يسمى أجلاً ، فإن كان فيه حينئذ ثمر قد أبر فله الثمرة تلك السنة .

م : أراه يريد ، فإن لم يكن فيها ثمر ، فيكون ثمرة أبدًا في سبيل الله .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن قال في وصيته : دارى حبس ولم يجعل لها مخرجًا ، فهى حبس على الفقراء والمساكين .

قيل له : إنها بالأسكندرية وجل ما يحبس الناس بها في سبيل الله .

قال : ينظر في ذلك الإمام ويجتهد ، وأرجو أن تكون له سعة في ذلك .

فصل

قال مالك : ومن قال : هذه الدار حبس على فلان وعقبه ، أو عليه وعلى ولده وولد ولده ، أو قال : حبس على ولدى ، ولم يجعل لها مرجعًا وهى موقوفة لاتباع ولا توهب، وتجعل بعد انقراضهم حبسًا على أولى الناس بالمحبس يوم المرجع وإن كان المحبس حيًا .

قال مالك : ومن تصدق بداره على رجل وولده ما عاشوا ، ولم يذكر لها مرجعًا إلا صدقة ، هكذا لا شرط فيها ، فهلك الرجل وولده ، فإنها ترجع حبسًا على فقراء أقارب الذى حبس ، ولا تورث .

قال ابن عبدوس في الذى قال : صدقة على فلان وعقبه ، ولم يقل : حبسًا ، فقد قال بعض أصحابنا : إنها تكون لآخر العقب ثم تورث عنه ، وكذلك إن كان أحدهم امرأة أو شيخًا فانيا ، فليبع ويصنع ما شاء ، وأكثرهم يراه بسبيل الأحباس .

ومن « المدونة » : قال بعض رجال أصحاب مـالك : وكل حبس أو صدقة لا مرجع لها على مجهـول من يأتي ، فهو الحبس الموقـوف ولا يرجع ملكًا ، مثل أن يقول : على ولدى ولم يسمهم ، فهذا مجـهول ، ألا ترى أن من حدث من ولده بعد هذا القول يدخل فيه ، وكذلك لو قال على ولدى وعلى من يحدث لى بعدهم ، فإنها ترجع ملكًا .

قال ربيعة : إذا تصدق الرجل علي جماعة من الناس لا يعرف عددهم ، وهى بمنزلة الحبس الموقوف .

وأما إن تصدق على قوم بأعيانهم وسماهم بـأسمائهم ، ومعناه ما عاشوا ، ولم يذكر عقبًا ، فـهذا تعمير ، ويرجع بعد انقراضـهم إلي صاحبها ملكًا ، ويبيعـها إن شاء بعد أن ترجع إليه .

قال مخرمة بن بكير : فإن مات الرجل قبل أن ترجع إليه رجعت إلى ورثته ملكًا .

قال ابن القاسم : وأصل قول مالك ومذهبه أنه إذا قال : حبسًا ، ولم يقل : صدقة، فهى حبس إن كانت على مجهولين ، وإن كانت على معـينين فقد اختلف قوله فيه ، فقال مرة : ترجع بعد انقراضهم إلى ربها ملكًا أو إلى ورثته إن مات ملكًا تباع .

وقال مرة : لا ترجع ملكًا ، ولكن حبسًا ، كقوله : لا تباع .

وأما إن قـال في المعينين : حـبسًـا صدقـة ، أو قال : حـبسًا لا تبـاع ولا توهب ، فانقرضوا، فلم يختلف قـوله إنها لا تباع ، ويرجع إلى أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع ، ولا ترجع إلى المحبس على حال وإن كان حيًا .

ابن حبيب : قال مطرف وابن القاسم : ومن حبس على رجل حبسًـا فسماه حبسًا ، فهو حبس موقوف وإن لم يذكر صدقـة ولا عقبًا ولا قال : لا تباع ، لأن الحبس لا يرجع إلا بشرط ، إلا أن يقول : ما عـاش [ق / ١٠٥/ ٨ب] أو على فلان بعينه ، أو قال : على فلان وفلان بأعيانهم ، بلفظ بقول : بعينه أو بأعيانهم فتكون عمرى ترجع إليه ملكًا، ولا يحرمها مع ذلك قوله : صدقة ولا قوله : لا تباع ، أو لعقبه إذا قال : ما عاشوا أو ما عاش ، أو قال : بعينه أو بأعيانهم .

وقال ابن الماجشون وابن كنانة : إذا كانت على إنسان بعينه فـهى عمرى وإن سماها صدقة ، ما لم يقل : لا تباع ولا تورث ، أو يعقبها ، وبه أقول .

م : وتحصيل ما في « المدونة » من ذلك ونحـوه في «كتاب ابن المواز» ـ وهو الصواب إن شاء الله ـ أنه إذا قال : هذه الدار حبس صدقة ، أو صـدقة حبس على قوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم ، فإنها ترجع بعد انقراضهم حبسًا على فقراء أقارب الذى حبس .

وإن قال : هى صدقة سكنى على معينين أو مجهولين ، فإنها ترجع بعد انقراضهم إلى صاحبها ملكًا .

وإن قال : هى صدقة ، ولم يقل : حبسًا على معينين وسماهم ، ومعناه ما عاشوا ، فإنها ترجع بعد انقراضهم حبسًا إليه أو إلى ورثته ملكًا . وإن كانوا مجهولين ،ومعناه ما عاشوا ، فإنها ترجع بعد انقراضهم حبسًا .

فإن قال : حبس ، ولم يقل : صدقة ، وهم مجهولون ، فإنها ترجع بعد انقراضهم حبسًا أيضًا .

وإن كانوا معينين ، فاختلف فيه قول مالك ، فقال مرة : ترجع حبسًا .

وقال مرة : ترجع له ملكًا .

قال ابن المواز : وأحسن ما فيه أن ينظر إلى مراده أو سبب مخرج قوله فيوجه إلى ذلك ، فإن كان المحبس حيًا وعرى قوله من دليل سألته وقبلت قوله .

قال ابن القاسم : وإن لم يسم أحدًا ولكن قال : دارى حبسًا ، كانت حبسًا أبدًا على الفقراء والمساكين أو في سبيل الله إن كانت في موضع جهاد .

قال عيسى عن ابن القاسم : وكل ما يرجع ميراثًا فهى لأولى الناس به يوم موته ، وكل ما يرجع حبسًا فلأولاهم به يوم المرجع من ولد أو عصبة .

فيمن يستحق مرجع الحبس ، ومن يدخل في أصله

ومن «كتاب ابن المواز» : قيل لمحمد : من أقرب الناس بالمحبس الذى يرجع إليهم الحبس بعد انقراض من حبس عليهم ؟

قال مالك : على الأقرب من العصبة ، ومن النساء من لو كانت رجلاً كانت عصبة للمحبس ، فيكون ذلك عليهم حبسًا .

قال مالك : ولا يدخل في ذلك ولد البنات ، ذكرًا كان أو أنثى ، ولا بنو الأخوات ولا زوجة ولا زوج .

قال ابن القاسم : وإنما يدخل من النساء مثل العمات والجدات وبنات الأخ والأخوات أنفسهن ـ شقائق كن أو لأب ـ ولا يدخل في ذلك الأخوة والأخوات لأم .

محمد : واختلف في الأم ، فقال ابن القاسم تدخل في مرجع الحبس .

وقال أشهب : عن مالك : لا تدخل .

وقال عبد المالك : لا تدخل أمه ولا أحد من الإناث إلا من يرثه منهن .

قال في « المجموعة » : كالبنات وبنات الأبناء والأخوات ، وأما الأم فلا ، لأنها ليست من النسل.

قال في الكتابين : فأما عمته وبنت عم وبنت أخ فلا ، وإن كان أخ وأخت فذلك بينهما نصفين ، لأنه لو كانت الأخت وحدها لأحاطت به ، وسواء كان في أصله حبسًا ، وللذكر مثل حظ الأنثيين أم لا ، فإن المرجع الذكر والأنثى سواء .

قلت : فإن كان ثمَّ من سميت من النساء وثمَّ عصبة معهن ، والنساء أقرب ؟

قال ابن القاسم : قال مالك : يدخلون كلهم إلا أن تكون سعة فيبدأ بإناث ثم ذكور ولد على العصبة ، ثم الأقرب فالأقرب ، ويدخل في ذلك مواليه إذا لم يكن من العصبة أقرب منهم ، وإذا لم يكن ثمَّ إلا النساء كان كله لهن على قدر الحاجة ، إلا أن يفضل عنهن .

قال أصبغ : لا يعجبنى قوله إلا أن يفضل عنهن ، وما فضل عن سد حاجتهن فليرجع عليهن ، لأن الأحباس إذا استووا في الغنى أو الحاجة لم يصرف إلى غيرهم من السبيل .

وقال عبد الملك : لا يفضل ذو الحاجة على الغنى من أهل الحبس إلا بشرط من المحبس ، لأنه إنما تصدق على ولده وهو يعلم أن فيهم الغنى والمحتاج ، ولم يفضل بعضهم على بعض .

قال محمد : وأحسن ما سمعت فيه أن ينظر إلى حبسه أول ما حبس ، فإن كان إنما أراد المسكنة وأهل الحاجة ، جعل مرجعه كذلك على من يرجع ، فإن كانوا أغنياء لم يعطوا منها ، وإن كان إنما أراد مع ذلك القرابة وآثرتهم ، رجع عليهم وأوثر أهل الحاجة إن كان فيهم أغنياء ، قاله مالك .

فإن كان كلهم أغنياء فهى لأقرب الناس بها ، وإما الأغنياء إذا كانوا فقراء .

محمد : فإن لم يكن فيهم فقير ردت إليهم إن استووا في الغنى وكان أولاهم فيها الأقرب فالأقرب ، والذكر والأنثى سواء في المرجع .

وإن اشترط أن للذكر مثل حظ الأنثيين ، فلا شرط له لأنه لم يتصدق عليهم ، ألا ترى لو لم يكن أقعد به يوم المرجع إلا أخت أو ابنة لكان ذلك لها وحدها ،وكذلك إذا كان معها ذكر كان ذلك بينهما شطرين .

فصل

ومن « المدونة » : قال ربيعة : ومن حبس داره على ولده وولد غيره ، فليسكنوها بقدر مرافقهم ، فإذا انقرضوا فهى لولاته [ق /١٠٦/ ٨ب] دون ولاة من ضم مع ولده.

قال يحيى بن سعيد : ومن حبس داره على ولده فهى على ولده وولد ولده ، ذكورهم وإناثهم ، إلا أن ولده أحق من أبنائهم ما عاشوا ، إلا أن يكون فضل فيكون لولد الولد .

قال مالك : ومن قال : حبس على ولدى ، فإن ذلك الولد يدخلوه معهم ـ يعنى مع آبائهم ـ ويؤثرون الآباء .

وإن قال : على ولدى وولد ولدى ، دخلوا أيضًا ويبدأ بالولد ، فإن كان فضل كان لولد الولد ، وكان المغيرة وغيره يساوى بينهم .

ومن « المجموعة » : قال ابن القاسم : عن مالك فيمن حبس على ولده ، أو قال : ولدى وولد ولدى ، فذلك سواء ويبدأ بالآباء فيؤثرون ،فإن كان فضل كان لولد الولد .

قال ابن المواز : وقد اضطرب قول مالك في دخول ولد الولد مع الأعيان ، واختلف فيه قول ابن القاسم عن مالك فيمن حبس على عقبه ، ولعقبه ولد : فإنه يساوى بينهم وبين آبائهم فيه ، إلا أنه يفضل ذا العيال فيه بقدر عياله ، والكر والأنقى فيه سواء .

وقال عنه فيمن حبس داره على ولده حبسًا صدقة فولد لهم أولاد ، فإنهم مع آبائهم في حياة الآباء .

قال عنه فيمن حبس داره على ولده وولد ولده : إن الأبناء إنما يسكنون مع الآباء إن وجدوا فضلاً وإلا فالآباء أحق .

وذهب أشهب إلى أنه إذا قال : على ولدى فأدخلنا ولد الولد معهم بالتأويل ، فليبدأ بالأعيان إذا استوت الحال ، وأما إن قال : على ولدى وولد ولدى ، فلا يكون في الآباء أولى في استواء الحال ، كقوله : على ولدى وأجنبى .

وإن اختلف الحال أوثر الأحوج من ولده أو ولد ولده .

وقال ابن القاسم : ذلك سواء ويبدأ بالأعيان وللأبناء ما فضل في استواء الحال ، فأما إن كانت الحاجة في ولد الولد فليؤثروا ويكون الآباء معهم .

وقال مثله عبد المالك .

محمد : وقول ابن القاسم استحسان وقد قال مالك : لا يدخل ولد الولد إلا في

الفضل ، وشأن الأحباس أن يؤثر أقربهم ممن حبسها ، وكذلك في مرجعها .

قال محمد : وقوله : على ولدى ، يتعدى إلى ولد الولد ، وأما قوله : على ابنى ، فلا يدخل فيه ولد الولد ، ولم أجد لقول أشهب حجة إذا سمى ولد الولد ، ولعل مالكًا أراد ذلك فيما فيه الفضل والسعة وكان جوابه ومالك في ذلك سواء قال : ولدى ، أو قال: ولد ولدى وأما قول ابن القاسم : إلا أن يكون الحاجة في ولد الولد فيؤثروا ، ويعطى الأب أيضًا معهم ، إنما قال ذلك في رأيى لئلا ينقطع سببه وإن كان غنيًا ، ولو كانت الحاجة في الأعيان لم يدخل معهم ولد الولد إلا بعد فناء الأعيان بأن الأعيان ، فإنما إذا بلغوا حتى يكون الولد أغنياء عن ذلك من ولد الولد ، أعطى معهم ولد الولد .

فصل

قال مالك : وإذا قال : هذه الدار حبس على ولدى ، لم يكن لولد البنات شيء في ذلك ، وقد قال الله تعالى : ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ** ﴾ (١) ، فأجمع الناس على أنه لا يقسم لولد البنات شيء إذا لم يكن له بنات لصلبه .

وإن ولد البنين الذكور والإناث يقسم لهم الميراث ويحجبون من يحجبه من كان فوقهم إذا لم يكن فوقهم أحد .

ومن « العتبية » : قال سحنون عن ابن القاسم : ولو قال : حبس على ابنتى وعلى ولدها ، فإنه يدخل في ذلك ذكور ولدها وإناثهم ، فإذا ماتوا كان لولد ذكور ولدها وإناثهم وذكورهم ، ولا شيء لولد بناتها من ذكر وأنثى ، قاله مالك .

وقال غيره : إنما يكون حبسًا على ولد الأبنة دنية من الذكور والإناث ، فإذا ماتوا لم يكن لأولادهم شيء .

قال عيسى : عن ابن القاسم : ومن حبس على بنات له حبسًا ، فبنات بنيه الذكور يدخلون مع بناته لصلبه في الحبس .

قال ابن القاسم عن مالك : ومن حبس على مواليه ولهم أولاد ، وله موالي لبعض أقاربه يرجع ولاؤهم إليه ، فلا يكون في الحبس إلا مواليه الذي أعتق ، وأولادهم يدخلون مع آبائهم في الحبس إلا أن يخصهم بتسمية .

وقال مالك بعد ذلك : موالى الأب والابن يدخلون مع مواليه ويبدأ بالأقرب من ذوى الحاجة إلا أن يكون الأباعد أحوج .

---

(١) سورة النساء (١١) .

في قسم الحبس بين أهله
في السكنى والغلة، وهل يخرج أحد لأحد

قال مالك : ومن حبس دارًا على ولده فسكنها بعضهم ،ولم يجد بعضهم فيها مسكنًا، فقال الذى يجد : أعطونى من الكراء بحسب حقى ، فلا كراء له ، ولا أرى أن يخرج أحد لأحد ، ولكن من مات أو غاب غيبته يريد المقام بالموضع الذى انتقل إليه ، استحق الحاضر مكانه . وأما إن أراد السفر إلى موضع ثم يرجع فهو على حقه ، وكذلك في كتاب محمد .

وقال عطاء : لا يخرج أحد لأحد إلا أن يكون بيده فضل مسكن .

قال مالك : ومن حبس على ولده وأعقابهم ـ ولا عقب له يومئذ ـ فأنفذه في صحته، ثم هلك هو وولده وبقى ولد ولده ، فذلك بين جميعهم إن تساووا في الحاجة والحال والمؤنة سواء بينهم ، إلا أن الأولاد ما داموا صغارا لم يبلغوا فلم ينكحوا ، أو تعظم مؤنتهم فإنه لا يقسم لهم ، ولكن يعطى للأب بقدر ما يمون .

وإذا نكح الأبناء وعظمت مؤنتهم فكانت حاجتهم كحاجة أبيهم كان يقسم واحد مع آبائهم .

قال ربيعة : إن كثر المال [ق / ١٠٧ / ٨ ب] دخل الولد مع الأعمام ، وإن قلَّ فالأعمام أحق ، وقد يكون العسر واليسر فينظر في ذلك .

قال ربيعة : لا فضل في الحبس إلا لكثرة عيال في سعة مسكن وعظم مؤنة .

ومن « العتبية » و«كتاب ابن حبيب» : قال ابن القاسم في قسم الحبس بين أهله في الغلة والسكنى : ليس على كثرة العدد والمبدأ به ، والمقدم فيه أهل الحاجة منهم ، وليس على عددهم ولكن بقدر كثرة عيال أحدهم إن كانت سكنى ، أو عظم مؤنة وخفته إن كانت غلة، وأعظمهم فيه حظًا أشدهم فاقة ، فما فضل بعد حاجتهم رد على الأغنياء فسكن كل واحد منهم عهلى قدر حاجته ، ليس الأغرب ، كالمتأهل المعيل ، والحاضر أولى بالسكنى من الغائب ، والغلة بين الحاضر والغائب سواد ، والمحتاج الغائب أولي فيها من الغنى الحاضر ، وذلك على الإجتهاد ، ولا يخرج أحد من مسكنه وإن كان ثمَّ من هو أحرج منه ، ومن خرج من بلده فأوطن بلدًا غيره ، فالمقيم أولى منه ، ثم إن قدم لم يخرج منه له وإن كان القادم أحوج منه أو كان المقيم غنيًا .

وأما إن خرج لتجارة أو حاجة ثم رجع ، فهو كالحاضر .

ومن «كتاب محمد» : قال : ومعنى قول مالك : إن خرج أحد من الأذنين خروج

انتجـاع سكن الذين يلونهم ، وإنما ذلك إذا لم يكن سعة فـسكن من هو أولي ، فإن رجع المنتجع لم يخرج له .

قال مالك : هذا الشأن في السكنى ، وأما فضلة الكراء والغلاب من الثمر وغيره فإن حق من انتجع أو غاب لا يسقط ، وإنما يسقط عنه السكنى إذا لم يكن فيها فضل .

قال ابن القاسم : وإنما ذلك فيمن حـبس على ولده وولد فلان ، أو آله وآل فلان ، وأما علـى قوم بأعيـانهم مسـمين ليس على التـعقـيب ، فإن حق المنتـجع منهم ثابت في السكنى.

محمد : غنيهم وفقيرهم سواء .

قال ابن القاسم : وإذا طلب المنتجع من غير المعينيين أن يكرى منزله أو يقطع له بقدر حصته يكريها ، لم يكن له ذلك .

قال مالك : وإذا رجع فلا يخرج له من مسكنه ، ولكن له حقه فيما تقدم من المساكن إن كان فضــل ، وليس انقطاعه عن البلد يقطع عنه حقـه فيما تفـرغ من المساكن ولكن من غلة أو ثمر ، إنما ذلك في المساكن التى لا فضل فيها ، فإنه إذا سكن من سكن لأنه أحرج ثم حدث له غـنى وقدم الغائب ، فـلا يخرج له السـاكن إلا أن يكون فضل فـيدخل فـيه الغائب .

ولو خرج غـير منتجع ثم قدم ، فليـرد إليه منزله ويخرج له من فـيه ، وله أن يكرى منزله إلى أن يرجع بفضل في قسمة الغلة أهل الحاجة والعيال بالاجتهاد .

فإن تكافـأت حاجتهم أو غناهـم قسمت الغلة بينهم على العـدد ، الذكر والأنثى في ذلك سواء إلا أن يشترط في أصل حبسه أن للذكر مثل حظ الأنثيين فيكون كما شرط .

ولو شـرط ذلك ثم رجعت إلى أولى الناس بـه ، لم يكن له في المرجع شرط وكـان الذكر والأنثى سواء ، لأنه لم يتصدق عليهم .

قلت : فلو كانت قبل أن يرجع كان آخر عقبه امرأة واحدة ، وقد كان شرط أن للذكر مثل حظ الأنثيين ؟

قال : تكون أحق بالجميع ، لأن معنى قوله : إنما هو إذا كان معها رجل .

قال : وإذا كانت المساكن مـن أول لا تسعهم وقد استـووا في الحال أكريت واقتـسموا الكراء ، إلا أن يرضى أحدهم أن يسكن بالكراء فيسكن .

قال : فإن هلك بعض من سكـن لأنه أولي ، وبقيت امرأته ، فـإن لم يترك ولد من

أهل الحبس ، تركت لتمام عدتها هى وعياله ثم أخرجوا .

فإن كان له ولد من أهل الحبس لم يخرجوا منه وسكنوا فيه بأمهم على ما سكن أبوهم.

فيمن حبس في مرضه دارًا على ولده وولد ولده ، وترك أمًا وزوجة ، وهى مسألة ولد الأعيان

قال ابن القاسم : ومن حبس في مرضه دارًا على ولده وولد ولده والثلث يحملها ، ثم مات وترك أمًا وزوجة ، فإنها تقسم على عدد الولد وولد الولد ، فما صار لولد الولد نفذ لهم بالحبس ، وما صار لولد الأعيان كان بينهم وبين الأم والزوجة على الفرائض موقوفًا بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان ، تتخلص الدار كلها لولد الولد حبسًا ، ولو ماتت الأم أو الزوجة كان ما بأيديهما لورثتهما موقوفًا ، وكذلك يورث نفع ذلك عن ورثتهما أبدًا ما بقى أحد من الأعيان .

قال : وإذا مات أحد من ولد أحد الأعيان قسم نصيبه بالتحبيس على باقى ولد الأعيان وولد الولد على عددهم ، فما صار لولد الأعيان دخلت فيه أم الميت الأول وزوجته بحق الميراث عنه ، وكذلك ورثة ورثتهما إن كانا ماتا بمثابتهما ، وما بقى من نصيب ولد الأعيان من ذلك قسم بين من بقى من ولد الأعيان وبين الميت منهم ، فما وقع للميت فهو الذى يجب لورثته عنه ، يكون لهم بالميراث عنه موقوفًا بأيديهم حتى ينقرض ولد [ق /١٠٨/ ٨ب] الأعيان فتخلص الدار كلها لولد الولد .

وإن انقرض ولد الأعيان وولد الولد رجعت الدار حبسًا على أقرب الناس بالمحبس .

وقد فسر أبو محمد ـ رحمه الله ـ هذه المسألة وأنعم شرحها ، وأنا أذكر من ذلك ما يليق ذكره ولا يسع جهله بلفظ لين ، وشرح بيِّن ، واختصار حسن ، والله نسأله التوفيق .

قال أبو محمد : اعلم أن هذه المسألة من المسائل التى يتسع فيها المقال ، ويتفرع فيها السؤال ، ويدق فيها الفقه ، وقد قال سحنون : إنها من حسان المسائل وقلَّ من يعرفها ، وهى في أكثر الكتب خطأ لدقة معانيها وغامض تفريعها ، فاعلم أنه لما حبس على ولده وولد ولده والثلث يحمل ذلك كان ذلك حبس على غير وارث وهم ولد الولد ، وعلى وارث وهم الولد ، فنحن لا نقدر أن نبطل ما كان للولد من ذلك إن شاء ذلك بقية الورثة، لأن فيه شرطًا لغير وارث من ولد الولد وما يتناسل من الأعقاب ، فلم يكن بُدٌّ من إيقاف ذلك على معانى الأحباس ، إلا أن يكون ما صار من ذلك بيد ولد الأعيان قام فيه بقية ورثة الميت من أم وزوجة وغيرهما إن لم يجيزوا ، فيدخلون في تلك المنافع ، إذ ليس

لوارث أن ينتفع دون بقية الورثة ، إذ لا وصية لوارث ، فكأنَّا جعلنا ترك زوجة وأمًا وثلاثة بنين وثلاثة من ولد الولد ، لكل واحد من ولد الأعيان ولد .

قال مالك وأصحابه : ينقسم الحبس من غلة أو غيرها على ستة أسهم ، ثلاثة لولد الولد ، فتنفذ لهم بالحبس .

قال سحنون وابن المواز : وإذا تساووا في الحال وإلا فعلى قدر الحاجة .

قال عيسى عن ابن القاسم : والذكر والأنثى في ذلك سواء ، فما صار لولد الأعيان أخذت الأم سدسه والزوجة ثمنه ، وقسم ما بقي على ثلاثة عدد ولد الأعيان ، وهم ثلاثة على ثلاثة أسهم ، لأنهم ذكور .

ولو كانوا ذكوراً وإناثًا فللذكر مثل حظ الأنثيين ، لأن الذكر يحتج بالميراث ليوفر سهمه كما احتجت الأم والزوجة ، وسواء اختلفت حاجتهم أو لم تختلف ، لأنهم ها هنا بالميراث أخذوه .

واختلف إن مات واحد من ولد الأعيان ، فقال سحنون وابن المواز ويحيى بن يحيى عن ابن القاسم : ينتقض القسم كما ينتقض لحدوث ولد لولد الأعيان ، أو لولد الولد ، ويقسم جميع الحبس على خمسة عدد ، بقية الولد وولد الولد ، فما صار لولد الولد نفذ لهم بالحبس ، وما صار لولد الأعيان أخذت الأم سدسه والزوجة ثمنه ، وقسم ما بقي على ثلاثة عدد ، أصل ولد الأعيان ، فيأخذ الحيان منهما سهميهما وورثة الميت سهمًا بينهم ، يدخل فيه أمه وزوجته ـ إن كان له زوجة ـ وولده وهو أحد ولد الولد ، فيصير بيد ولد هذا الميت نصيب بمعنى الحبس من جده في القسم الأول والثاني ، ونصيب بمعنى الميراث .

وعلى ما روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم ، وفيما ذكره سحنون في « المجموعة»: لا ينتقض القيم ، ويقسم ما كان أخذه في القسم الأول وهو سدس الحبس ، يؤخذ ما بيده ويضم إليه ما خرج منه للأم والزوجة وهو ثلث ما في أيديهما حتى يكمل له السدس ويقال لهما : قد كنتما تحتجان عليه أن تختص بذلك دونكما وأنتما وارثان معه ، فلما مات لم تبق لكما حجة في بقاء ما أخذتما منه بأيديكما لقيام ولد الولد فيه بحق التحبيس ، ولا حجة لكما على ولد الولد ، إذ هم غير ورثة ، فيقسم هذا السدس على ولد الولد الثلاثة وعلى من بقي من ولد الأعيان وذلك اثنان ، فيقسم على خمسة ثلاثة لولد الولد وسهمان لولد الأعيان .

قال في « العتبية » : فما صار لولد الأعيان قسم عليهم وعلي ورثة الهالك أولاً على

الفرائض ، وتأخذ فيه الأم والزوجة سهميهما ، يعنى أن هذين السهمين اللذين صارا لولد الأعيان تُقدم فيهما أم الميت الأول وزوجته ، فيأخذان سدسهما وثمنهما ، ثم يقسم ما بقى على ثلاثة ولد الأعيان يحيى الميت بالذكر ، فيكون لكل حى سهم وسهم للميت لورثته يكون بينهم على فرائض الله موقوفًا ، فيصير بيد ولد هذا الميت نصيب بمعنى الحبس من جده في القسم الأول والثانى ، ونصيب بمعنى الميراث عن أبيه ، هذا على ظاهر ما في «العتبية » ، وكذلك فسره أبو محمد .

وقال سحنون في « المجموعة » : فما صار لولد الأعيان ضم إليه السدسان اللذان كانا بأيديهما بعد رد الأم والزوجة ما كان أخذتا منهما ، ويجمع ذلك كله ثم يخرج منه ثمنه للزوجة وسدسه للأم ، ويقسم ما بقى على ثلاثة أسهم للأحياء من لد الأعيان سهمان وسهم لورثة الأم منهم يكون بينهم موقوفًا على فرائض الله تعالى .

م : وإن شئت قلت : فما صار لولد الأعيان من قسم سدس حبس الميت منهم وذلك خمسان ، وتأخذ الأم منه سدسه والزوجة ثمنه ، ويضمنان ما بقى من ذلك إلى ما كان بقى في أيديهما في قسم الحبس أولاً بعد أخذ الأم والزوجة سدسه وثمنه ، فيقسمان ذلك على ثلاثة لهما سهم سهم ، ولورثة الميت سهم موروثًا على الفرائض ، وهذا والأول سواء، وجميعا يرجعان إلى نقض القسم سواء ، لأن السدس [ق /١٠٩/ ٨ب] الحبس إذا قسم على خمسة صار سدس كل واحد من ولد الولد خمسًا ، وإذا ردت الأم والزوجة ما كانتا أخذتا من ولد الأعيان ، صار في أيديهما الخمسان ، فصار الأمر إلى أن الحبس يقسم على خمسة ، ثم تدخل الأم والزوجة في سهمى ولد الأعيان ، فلا معنى لتطويل ما ذكره سحنون ، وقسمه جميع الحبس على خمسة أبين ، وإنما المسألة على مذهب من نقض القسمة ، وما ذكر في « العتبية » وهو غير نقض القسمة .

قال أبو محمد : وإنما قسم سهم الميت من ولد الأعيان على خمسة لقيام ولد الولد في ذلك بمعانى قسم الحبس بوصية الميت لتستوفي سهمًا لهم بنقصان عدد أهل الحبس ، فما حصل لولد الأعيان صارت الحجة عليهم فيه لمن ورث الميت الأول المحبس معهم ، وكذلك صارت لمن يرث الميت من ولد الأعيان حجة أيضًا أن ينالوا نفع ما ورثه وليهم ما دام أحد من الورثة ينتفع بمعنى الميراث عن الميت الأول .

قال : وإنما يختلف نقض القسم من غير نقضه على ولد الأعيان وعلى ورثة الميت منهم ، فأما على ولد الولد أو على أم المحبس وزوجته فلا ، وإن شئت اعتبار ذلك فاقسم الحبس بموت الحد على ألفين ومائة وستين ، فالسدس لكل واحد ثلاثمائه وستين ، فتأخذ الزوجة ثمن ما بيد كل واحد من ولد الأعيان ، فيجتمع لها مائة وخمسة وثلاثون ، وتأخذ

الأم السدس من كل واحد فيجتمع لها مائة وثمانون ، فلما مات واحد من ولد الأعيان ردت إليه ما أخذت الزوجة منه وذلك خمسة وأربعون ومن عند الأم ستون ، فيعود السدس كما كان ثلاثمائة وستين ، فتقسم على خمسة ، اثنان وسبعون لكل واحد من ولد الولد وولدى الأعيان ، فتأخذ الأم سدس ما بيد كل واحد من ولدى الأعيان ، وذلك اثنا عشر، والزوجة ثمنه وذلك تسعة ، فيبقى لكل واحد أحد وخمسون ، فجميع ذلك مائة وسهمان، فيأخذ كل واحد ثلثه أربعة وثلاثين ، ولورثة أخيهما الميت أربعة وثلاثون ، ويصير لكل واحد منهما مائتان وتسعة وثمانون ، وبيد زوجة الأب مائة وثمانية ، وبيد أمه مائة وأربعة وأربعون ، وبيد كل واحد من ولد الولد أربعمائة واثنان وثلاثون ، وهذا ما صار لهم في ظاهر قول ابن القاسم الذى لا يرى فيه نقض القسم .

وإذا قسمت ذلك على ما رواه عنه يحيى بن يحيى وقول سحنون وابن المواز في نقض القسم بموت واحد من الولد ، فإنك تقسم أصل الحبس وهو ألفان ومائة وستون على خمسة ، فخمس ذلك أربعة مائة واثنان وثلاثون ، وكذلك ما بيد كل واحد من ولد الولد في القسم الأول ، ثم تأخذ زوجة الأب من كل واحد من ولدى الأعيان ثمن ما بيده وذلك أربعة وخمسون ، فيجتمع لها مائة وثمانية كما كان لها في القسم الأول ، وتأخذ الأم منهما سدس ما بأيدهما مائة وأربعة وأربعين كما كان لها في القسم الأول ، ثم ينظر إلى ما بقى بيد ولدى الأعيان فوجدناه ستمائة واثنتى عشر ، تقسم على ثلاثة ، فثلث ذلك لورثة أخيهما وذلك مائتان وأربعة ، فزادهما في هذا القسم ـ أعنى نقض القسم ـ على القسم الأول في ظاهر قول ابن القاسم مائة وسبعين ، لأنه إنما كان لهم أربعة وثلاثون ، فهذه الزيادة كانت عند عميهما ، ونقص كل واحد من عميهما خمسة وثمانون عما كان بيده في القسم الأول ، لأنه كان قد استقر بيد كل واحد منهما مائتان وسبعة وثمانون ، وإنما بأيديهما الآن في هذا القسم ماذتان وأربعة ، فالذى نقصها هو الذى زاد ورثة أخيهما ، وهذا هو أشبه ـ والله أعلم ـ بحجة ولد الميت من ولد الأعيان إن تساوى أبوهما فيما يورث عنه وعماهما فيما يجرى فيه حكم الميراث ، والله أعلم .

قال سحنون في « المجموعة » : إنما هذا في الثمار شبهها من الغلات تقسم عند كل غلة على من وجد حينئذ حيًا من ولد لصلبه وولد ولده ، ثم يجمع حق ولد الصلب فيقسم على الفرائض ، فأما فيما يسكن من دار أو يزرع من أرض فلا بد من نقض القسم في جميع الحبس فيقسم على من بقى من ولد الأعيان وولد الولد ، فما صار لولد الأعيان دخل فيه أصحاب الفرائض ، وما صار لولد الولد أخذوه .

م : وهذا الكلام إنما يصح على قول من لا يرى نقض القسم في جميع الحبس ،

وسحنون يقوله في « المجموعة » كنقض القسم سواء ، فانظر .

م : فإن مات ثاني من ولد الأعيان فعلى نقض القسم بينهم يقسم جميع الحبس على أربعة ، فما صار لولد الولد أخذوه في الحبس ، وما صار للباقي من ولد الأعيان أخذت الزوجة ثمنه وللأم سدسه وقسم ما بقي على ثلثه يحيي الميتان بالذكر ، فما صار لكل واحد منهما أخذه ورثته على الفرائض موقوفًا ، وما صار للحي كان له أيضًا ، وعلى قول من لا يرى نقض القسم يسترجع من الأم والزوجة ومن يد ورثة الهالك ولا من ولد الأعيان تمام خُمس جميع الحبس على ما في يد الهالك الثاني ليكمل له الخمس وهو ما كان صار له في القسمة الثانية بعد موت أخيه ، وقد أخذت الأم سدسه والزوجة ثمنه وورثة أخيه ثلث ما بقي في يديه وهو تسع وثمن الخمس ، فيأخذ ذلك منهم فيكمل له الخمس فيقتسمه على أربعة ، لولد الولد [ق / ١١٠ / ٨ب] ثلثه ، وللباقي من ولد الأعيان سهم ، فتأخذ أم المحبس من هذا السهم سدسه ، وزوجته ثمنه ، ثم تقتسم ما بقي على ثلثه يحيي الميتان بالذكر ، فما صار للحي أخذه ، وما صار لكل ميت ورثه عنه ورثته على الفرائض موقوفًا، فإن مات الثالث من ولد الأعيان خلص جميع الحبس لولد الولد ، فإن كان إنما مات أولاً واحد من ولد الولد ولم يمت من ولد الأعيان أحد ، لم يأخذ سهمه ورثته ، لأنه بمعنى الحبس .

قال ابن المواز وغيره : وينتقض القسم بموته ، كقوله في موت ولد الأعيان ، ويقسم جميع الحبس على خمسة ، فما صار لولد الولد نفذ لهم في الحبس ، وما صار لولد الأعيان أخذت الأم سدسه وقسم ما بقي على ثلاثة ـ عدد ولد الأعيان ـ وتجعل الأم والزوجة تدخلان فيما ازداده ولد الأعيان من قبل ولد الولد .

وقال عيسى عن ابن القاسم : لا ينتقض للقسم ، ويقسم نصيب الميت من ولد الولد وهو السدس على خمسة ـ عدد بقية ولد الولد وولد الأعيان ـ فما صار لولد الولد نفذ لهم في الحبس ، وما صار لولد الأعيان الثلاثة دخلت فيه الأم والزوجة ، أو ورثتهما إن ماتا ، فيكون ذلك على مواريثهم .

وكذلك قال سحنون في «كتاب ابن عبدوس» ، فتدخل فيه الأم والزوجة وكل من ورث المحبس ، لأن الذى يرجع إلى ولد الأعيان من نصيب ولد الولد إنما يرجع بسبب الوصية لا بالولاية ، لأنه على مجهول من يأتي .

قال : وهذا قول أكثر الرواة .

قال غيره : ولو كان بسبب مراجع الأحباس لآثر به أهل الحاجة من أقرباء الموصى ، يدخل فيه الأم والزوجة .

قال سحنون في « العتبية » : لا تدخل فيه الأم والزوجة ، لأن وصية الميت قد نفذت أولاً وارتفعت التهمة ، يريد : وإنما يرجع إليهم هذا بالولاية .

قال غيره : ويلزم من ذهب إلى هذا أن يؤثر أهل الحاجة من ولد الموصى ، لأن ذلك سنة مراجع الأحباس .

م : وما ذكره عنه ابن عبدوس أبين ، وما ذكره ابن المواز من نقض القسم لا يختلف إذا أدخلا الأم والزوجة فيما صار لولد الأعيان في الوجهين ، لأن أخذ السدس والثمن من الثلاثة أخماس التى أصابت ولد الأعيان في نقض القسم مثل أخذها من الثلاثة أسداس التى تأتيهم في القسم أولاً من ثلاثة أخماس السدس التى تأتيهم في القسم الثانى ، لأن ثلاثة أسداس كل عدد وثلاثة أخماس سدسه مجموعين ، مثل ثلاثة أخماسه ، فلا فرق بين أخذ الأم والزوجة السدس والثمن من ذلك مجتمعًا أو مفترقًا ، فإذا صح ذلك فعمل نقض القسمة أخصر وأبين ، وكذلك الحكم إذا لم يدخلا الأم والزوجة فيما ازداده ولد الأعيان في القسم الثانى ، الجواب واحد لا يختلف ، وإنما يختلف إذا أدخلتهما في قول ولم تدخلهما في الثانى ، وهذا أبين واعتبره بالأعداد تقف على صحته إن شاء الله .

ثم إن مات ثان من ولد الولد . فعلى نقض القسم يقسم الحبس كله على عدد من بقى من ولد الولد والأعيان ، وذلك أربعة ، فسهم لولد الولد الباقى ، وثلاثة لولد الأعيان، وتدخل الأم والزوجة معهم على هذا القول ، ولا تدخل في قول غيره .

فإن هلك الثالث من ولد الولد ، كان جميع الحبس لولد الأعيان ، لأنهم أقرب الناس بالمحبس .

قال سحنون في « العتبية » : إذا انقرض ولد الولد رجع ما كان بأيديهم إلى أقرب الناس بالمحبس وهم ولد الأعيان ، ولا تدخل فيه الأم والزوجة ، لأن وصية الميت قد نفذت أولاً وارتفعت التهمة ، يريد : وإنما يرجع هذا إليهم بالولاية .

قال : وقد قيل : إن ما دار إلى ولد الأعيان من ولد الولد حتى انقراضوا ، وما دار إليهم عن أحد منهم ، إن زوجة المحبس وأمه يدخلان فيه ، وهو الذى ذكره عنه ابن عبدوس ، وقاله عيسى ويحيى عن ابن القاسم .

قال سحنون : وإذا انقرض ولد الولد وصار ما بأيديهم لولد الأعيان ثم مات واحد منهم ، فلتأخذ الأم والزوجة ميراثهما في يديه من السدس الذى أخذ أولاً مما دار إليه عن

ولد الولد ، وما بقى منهم بين من بقى من ولد الأعيان .

م : يريد سحنون بالأم والزوجة أم هذا الميت وزوجته ، لأن أم المحبس وزوجته قد أخذتا أولاً من هذا السدس سدسه وثمنه ولا يرد من عندهما لإنقراض ولد الولد اللذين لهم في ذلك حجة ، ولكن يقسم ما بيديه من بقية ذلك السدس على ورثته لأمه بقية سدسه ولزوجته حقها الربع ، ولبقية ورثته ما بقى فإن كانا أخذاه فهو لهما .

وأما ما بيده عن ولد الولد وهو سدس ثان فهو سبيل الأحباس عنده .

وفي رواية العتبى : لا شيء لورثته فيه ، ويرد إلى أولى الناس بالمحبس ـ وهو أخو هذا الميت ـ بينهما نصفين ، يريد إن استووا في الحال ، كذلك فسره أبو محمد .

قال أبو محمد : وإن كان إنما مات أولاً واحد من ولد الأعيان فقسم نصيبه على ما فسرنا ، ثم إن مات بعد ذلك ولد من ولد الولد فإنه يؤخذ ما كان بيد هذا الميت من ولد الولد ، وهو الخمس المأخوذ في قسم الحبس من قِبَلْ جده ومن قِبَلْ موت أبيه دون ما بيده عن أبيه بالميراث ، فيقسم هذا الخمس على أربعه أسهم ، فلكل واحد من ولد الولد سهم وسهمان للحيين من ولد الأعيان ، تأخذ فيهما أم الجد وزوجته السدس والثمن ، ثم يقسم ما بقى من السهمين على ثلاثة ، سهمان لولد الأعيان الحيين ، وسهم لورثة أخيهما الميت، تدخل فيه أمه بالسدس وزوجته بالثمن وإن لم يكن له والآن ولد ، لأنه إنما يقسم ذلك على قسم ما ورث عليه يوم مات لا اليوم الباقي لولده الذى قد مات ، فحكم ذلك أنه يضم نصيب [ق / ١١١ / ٨ب] ولده من ذلك لورثة ولده ، فتأخذ منه أمه أيضًا الثلث ، إذ لا ولد له ولا إخوة ، وتأخذ زوجته منه الربع ، وما بقى لعميه ، وإنما جعلنا ذلك لولد الميت من ولد الأعيان ثم قسمناه بين ورثته لأن ما قسم بالميراث فإنما يقسم على القسم الأول ثم يكون لورثة الميت قم لورثة ورثته أبدًا ، وهذا على قول ابن القاسم في دخول الأم والزوجة في المرجع .

قالوا : وكل من مات من أهل السهمام فلا ينتقض لموته قسم ، ويصير ما بيده لورثته على المواريث ، وكذلك لورثه ورثتهم موقوفًا ما بقى من ولد الأعيان أحد ، فإذا انقرضوا رجع الحبس إلى ولد الولد .

قالوا : وينتقض القسم بحدوث ولد لأحد من ولد الأعيان أو لأحد من ولد الولد ، ولا أعلم اختلافًا في ذلك ،ويقسم قسمًا ثانيًا على عدد الولد وولد الولد الأولين أو الذين حدثوا ، وكذلك إن اشترط في حبسه ليس لزوجة حق ، إلا أن تردها رادة من موت أو طلاق فتزوجت ابنة له ، فهذه عند تزويجها ينتقض القسم ولا يقسم لها في قسم الحبس

شيء ، ولكن ما صـار للأعيان منه دخلت فـيه بمعنى الميـراث ، لأنها أخت لهم ، ثم إن رجعت انتقض القسم وقسم لها في أصل الحبس كنصيب الذكر إن كان حالهم سواء مع ولد الولد على عددهم ، فمـا ناب ولد الأعيان دخلت فيه الأم والزوجـة ، وقسم ما بقى على الميراث للذكـر مثل حظ الأنثيين ، وينتـقض القسم أيضًا بتـزويج واحدة من بنات الولد ، وينتقض برجوعها إذا تأيمت ، وما نابها مع ولد الولد فلا يدخل فيه عليهم أحد .

م : وفيما ذكرنا من هذا كفاية ، والله نسأله التوفيق .

في المسكن يشترط مرمة الدار ، أو المحبس يشترط مرمة الحبس أو نفقته ، وهل يورث ما بنى في الحبس

قال ابن القاسم : ومن أسكن رجلاً دارًا حياته أو سنين مسماه على أن عليه مرمتها ، لم يجز وهو كراء مجهول .

وأما إن أعطاه رقبـتها على أن ينفق على ربها حـياته ، فهو بيع فاسـد والغلة للمعطى بالضمـان ، ويرد الدار إلى ربها ويتبـعه بما أنفق عليه ، إلا أن تفـوت فيغـرم له قيمتـها ، ويقاصه في ذلك بما أنفق عليه .

قال ابن القاسم : ومن حبس دارًا على رجل وولده وولد ولده ، واشترط على الذى حبس عليه إصلاح ما رثّ منها من مـاله ، لم يجز وهو كراء مجهول ، ولكن يمضى ذلك ويكون حبسًا ، ولا مرمة عليه وتكون مرمتـها من غلتها ، لأنها فاتت في سبيل الله ، ولا تشبه البيوع .

وقد قال مالك : من حبس فرسًا على رجل ، واشترط علـى المحبس عليه حبسه سنة وعلفه فيها ثم هو له بتلاً بعدها ، قال في باب بعـد هذا : أو دفعها إليه يغزو عليها سنتين أو ثلاثة ، وينفق عليه منها ، ثم هو للمعطى بعد الأجل ،إنه لا خير فيه ، لأنه غرر إذ قد تملك الفرس قبل تمام السنة فيذهب علفه باطلاً .

قال ابن القاسم : وأنا أرى إن لم يمض الأجل أن يخير الذى حبس الفرس ، فإما ترك الشرط وبتل الفـرس للرجل ، أو أخذه وأدى للرجل ما أنفق عليه ، فـإن مضى الأجل لم يرد وكان له بعـد السنة بغير قـيمة ، وأما بايـع العبد على أنه مدبـر على المبتاع فقـد فات بالتدبير ، ويرجع البائع على المبتاع بتمام الثمن إن كان هضم له منه شيئًا .

قال أبو محمد : يريد ، له الأكثر من القيمة أو الثمن .

وقال أشهب وغيره في الفرس: لا يبطل شرطه العطية، ورواه ابن وهب عن مالك.

قال أشهب : وهو كمن أعـاره لرجل يركبه سنة ثم هو لفـلان ، فترك المعار عـاريته

لصاحب البتل أنه يتعجل قبضه فهو إذا جعله عارية له ثم مصيره إليه سقطت العارية ووجبت له الرقبة ، ولم يكن فيه خطر .

م : وحكى عن بعض فقهائنا القرويين في مسألتى الفرس المتقدم ذكرهما : إنهما غير مفترقين في الجواب كما قدمنا ها هنا ، وكذلك جمعهما أبو محمد .

وقال : ويكون الفرس فيهما بعد الأجل ملكًا للمدفوع إليه كما قدمنا .

وقال غير أبو محمد : معناهما مفترق ، لأن المسألة الأولى ذكر فيها تحبيس الفرس ، فينبغى أن يكون الفرس بعد الأجل حبسًا على المعطى لا ملكًا ، والمسألة الثانية لم يذكر فيها تحبيسًا ، فينبغى أن يكون الفرس بعد الأجل حبسًا ملكًا للمعطى .

قال : وكيف يكون الفرس في المسألة الأولى ملكًا للمعطى ، وقد ذكر فيها ابن القاسم أنه يأخذه بعد الأجل بغير قيمة ، وأمره لا يبعد أن يكون كراء فاسدًا أو بيعًا فاسدًا، فإن كان كراء فاسدًا فكيف أمضاه له بعد الأجل ولم يفسخه ؟ وإن كان بيعًا فاسدًا فكيف يأخذه المعطى بغير قيمة؟ هذا أمر غير مستقيم ، فلم يبق إلا أن يكون بيده بعد السنة حبسًا كما شرط ربه، ويرجع هذا المعطى على رب الفرس بما أنفق عليه في السنة ، وافتراق المسألتين في الكتاب بين، أنه قد استشهد بالأولى على مسألة من حبس داره فاشترط على [ق / ١١٢/ ٨ب] المحبس عليه أن ما احتاجت إليه الدار من مرمتها من ماله .

فقال : لا يصلح وهو كراء فاسد ، وكلن يمضى ذلك ويكون حبسًا ، وتكون مرمتها من كرائها ، لأنها فاتت في سبيل الله ، ثم استشهد بقول مالك في الفرس فكذلك ينبغى إذا فاتت أن تكون حبسًا ، ولما سئل بعد هذا عمن وهب لرجل نخلاً وشرط لنفسه ثمرتها عشر سنين ، فقال : إن سلَّم النخل للموهوب له يسقيها بماء نفسه لم يصلح ، لأنه كأنه قال له : اسقها إلى عشر سنين ثم هى لك ، ثم استشهد بمسألة الفرس الثانية ، فبان بذلك افتراقهما وأن الأولى ترجع الفرس فيها وإلى المحبس كما رجعت الدار ، والثانية إلى ملك كما اشترط في النخل ،وذكر مثل هذا عن الشيخ أبى الحسن بن القابسى .

قال الشيخ أبو الحسن في مسألة الفرس الأولى : إذا أدرك الأمر قبل تمام السنة فخير المحبس وأسقط الشرط وأنفذ التحبيس ، فليدفع أيضًا ما أنفق على الفرس ، لأنه اشتراط من المحبس ثم بعد ذلك يتم الحبس ، ألا ترى إلى قول مالك : أرأيت إن هلك الفرس قبل السنة ، أيذهب علفه باطلاً ؟ وأما إن لم يدرك حتى فات الأجل ، فقد فات بالتحبيس الذى لا شرط فيه ، فلا بد أن يغرم المحبس علف الفرس في السنة ، وهو وجه قول مالك ـ والله أعلم ـ وإنما لم يجعل على المحبس عليه قيمة الفرس إذا فات الأجل من أجل أن

الفوت إنما وقع من قبل المحبس ، والمدبر إنما وقع فوته من قبل المشترى ، وإنما شبهها بها في نفس الفوت ، والعبد بنفس الشراء يكون مدبرًا والفرس بتمام الأجل تكون حبسًا .

قال : ومعنى دفعه الفرس في المسألة الثانية أن المدفوع إليه يغز عليه سنتين أو ثلاثة ، ويكون ثواب عمل الفرس في الغزو للدافع ، والمدفوع إليه ينفق على الفرس في الأجل ثم هو للمدفوع إليه بعد الأجل بتلا ، فصارت النفقة عليه في الأجل ثمنًا له ، وشرط البيع إنما وقع بعد حلول الأجل ، فهذا إن أدرك قبل الأجل فالدافع بالخيار ، فإن شاء أن يمضى عطيته بلا شرط ويدفع ما زنفق عليه ، وإن أبى أرتجع فرسه وغرم ما أنفق عليه .

وإن لم يعلم بذلك حتى مضى الأجل ، فإن لم يتغير الفرس بحوالة سوق فأعلى فسخ البيع ، لأنه الآن صار بيعًا فاسدًا ، فيفسخ ويغرم له ما أنفق عليه .

وإن فات بشيء من وجوه الفوت غرم القابض قيمة الفرس حين حلّ الأجل ، لأنه من ذلك الحين ضمنه ، يريد : ويرجع على الدافع بما أنفق عليه .

قال : وإن كان إنما قبضه على أن يغزو عليه بنفسه عن الدافع ، رجع عليه بأجر مثله إن كان قد غزا عنه .

قال يحيى بن عمر في الدار المشترط مرمتها على المحبس عليه : إن ذلك إذا وقع مضى الحبس وسكن المحبس عليه ، فإن احتاجت إلى مرمة أخرجناه منها وأكريناها من غيره بقدر مرمتها ، فإذا أرمت وانقضى أجل الكراء رجع فسكن ، إلا أن يقول المحبس عليه : أنا أسكن وأرم بقدر ما يكرى من غيرى ، فذلك له ولا يخرج ، وكلك إن احتاجت بعد ذلك فهو على ما فسرنا ، وهذا معنى ما في « المدونة » إلا أن هذا أقيس .

فصل

قال مالك : ومن حبس دارًا على ولده وولد ولد ، فبنى فيها أحد البنين أو أدخل خشبة أو أصلح ثم مات ولم يذكر لما أدخل في ذلك كراء ، فلا شيء لورثته فيه .

قال ابن القاسم : وإن كان قد أوصى به ، أو قال : هو لورثتى ، فذلك لهم ، وإن لم يذكرهم فلا شيء لهم فيه قلّ أو كثر .

وقال المغيرة : لا كيون من ذلك صدقة محرمة إلا الشيء اليسير ، مثل الستر والميازيب وما لا يتعاظم خطره ، وأما البناء الذى له قدر فهو مال من ماله يورث عنه ويقضى به دينه، وكذلك في كتاب ابن المواز .

وقال : ليس لورثته في اليسير حق أوصى به أم لا ، لأنه أراد به الحبس .

محمد : وبه قال عبد المالك .

وقال ابن كنانة : من سكن دارًا محبسه فبنى فيها ثم مات وصار سكناها لغير ورثته ، فليس لمن بنى في الحبس قيمة بناء ولا عمارة .

قال عبد المالك : وإن عمَّر في غير حيزه الذى هو بيده وهو من أهل الصدقة ، فهو كأجنبى عمَّره ، فحقه ثابت بغير الصدقة .

قال ابن القاسم عن مالك : ومن حبس على رجل حياته دارًا أو أرضًا فبنى فيها مسكنًا أو غرس نخلاً ثم مات ، قال إن أرضى رب الدار ورثة البانى فذلك ، وإلا قلعوا البناء والنخل إلا أن يعطيهم قيمة ذلك مقلوعًا ملقى .

في إخراج البنات من الحبس ، وهل يخرج أحد لأحد منه

قال مالك : ويكره لمن حبس أن يخرج البنات من حبسه ، وقد حبس جماعة من الصحابة على بنيهم وأعقابهم فما أخرجوا البنات من ذلك ، ونهت عائشة رضي الله عنها عن إخراج البنات من الحبس وأغلظت فيه ، وقالت : ما مثل ذلك إلا كما قال الله سبحانه في أهل الكفر : ﴿ **وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ** ﴾ (١) .

قال سحنون : فهذا من قول عائشة يدل أن الصدقات [ق / ١١٣ / ٨ب] فيما مضى كانت على البنين والبنات حتى أحدث الناس ما أحدثوا من إخراج البنات . وقد أراد عمر ابن عبد العزيز أن يرد صدقات الناس التى أخرجوا منها البنات .

ومن «كتاب ابن المواز» و « العتبية » : قال مالك : إخراجهن منه من عمل الجاهلية ، وما أريد به وجه الله تعالى لا يكون هكذا .

وقال عنه ابن القاسم أيضًا : إذا حبس على ولده وأخرج البنات منه إن تزوجن ، فالشأن أن يبطل ذلك ، ورأى ابن القاسم إذا فات ذلك أن يمضى على ما حبس ، وإن كان حيًا ولم يجز عنه الحبس فليرد ويدخل فيه البنات .

وإن حيز عنه أو مات مضى على شرطه ولم يفسخه القاضى ، ولم يذكر في كتاب ابن المواز إن حيز عنه .

وقال مالك في الذى شرط أن من تزوج من بناته أخرجت من الحبس إلا أن تردها

---

(١) سورة الأنعام : ١٣٩ .

رادة .

قال : أرى أن ينقض ذلك ويجعله حبسًا مسجلاً .

قال محمد : وإنما يفعل ما قال مالك من فسـخ الحبس وأن يجعله مسجلاً ، إنم ذلك ما لم يأبى عليهم من حـبس ذلك عليهم ، فإن أبوا لم يجز له فسخـه ويقر على ما حبس وإن كان حيًا ، إلا أن يرضوا له برده وهم كبار .

قال مالك : إن لم يخاصم فليرد الحبس حتى يجعله على الصواب .

قال ابن القاسم : وإن خوصم فليقره على حاله .

فصل

وقد تقدم أنه لا يخرج أحد لأحد في الحبس ، وإن لم يجد مسكنًا فلا كراء له .

وإن مات أو غاب غيبة انقطاع استحق الحاضر مكانه ، وإن كان يريد الرجوع فهو على حقه ، وقـد قال عطاء : لا يخرج أحـد لأحد إلا من بيده فضل مـسكن ، وإن من حبس على ولده وأعقابهم ولا عـقب له يومئذ ، فأنفذه في صـحته ثم هلك هو وولده وبقى ولد ولده وبنوهم ، فذلك بين جمـيعهم إن تساووا في الحال ، وإلا أن الأولاد ما دامـوا صغاراً لم يبلغوا ولم ينكحوا أو تعظم مؤنتـهم لا يقسم لهم ، ولكن يعطى للأب قدر ما يكون ، فإذا نكح الأبناء وعظمت مؤنتهم كانوا بقسم سواء .

جامع القول في حيازة الأحباس والصدقات

قال مالك وأصحـابه في غير موضع : لا تتم الأحباس والصدقات التى في الصحة إلا بأن تحاز في صحة المحبس والمتصـدق إلا الأب في ولده الصغار وبناته الأبكار ، فإن حبس على صغـار ولده داراً أو وهبهـا لهم أو تصدق بها عليـهم ، فإن حـوزها لهم حوز إلا أن يكون ساكنًا في كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها .

وأما الدار الكبيرة يسكن أقلهـا ويكرى لهم باقيها ، فذلك نافذ فيمـا يسكن وفيما لم يسكن ، وقد حبس زيـد بن ثابت وعبد الله بن عمر داريهـما وسكنى من ذلك منزلا منزلا حتى ماتا فنفذ حبسهما فيما سكنا وفيما لم يسكنا .

قال : فأما مـا كان بمعنى الوصية للأجنبى في صحـة أو مرض أو ما بتل في المرض ، فلا تراد فيـه الحيازة وهو نافذ من الثلث ، لأن أفـعال المريض موقوفـة إلى ما بعد الموت ، هذا هو الأصل . وإذا حبس في صحته وكتب في حبسه : إنهم حازوا ، فلا ينفع في ذلك

إقرارهم بالحوز ولا إقرار المحبس حتى تعاين البينة الحيازة ، وكذلك الصدقة في الهبة والرهن.

قلت : فمن حبس حائطه على المساكين في مرضه فلم يخرجه من يده حتى مات ، وما يجوز ذلك في قول مالك ؟

قال : نعم إذا كان الثلث يحمله لأنها وصية ، كأنه قال : إذا مت فحائطى على المساكين حبس تجرى عليهم غلته ، ولأن ما فعله في مرضه من بت صدقة أو بت عتق لا يحتاج إلى أن يقبض ، ولأنه لو قبض من يده كان موقوفًا لا يجوز لمن قبضه أكل غلته إن كانت له غلة ، ولا أكله إن كان مما يؤكل حتى يموت فيكون في الثلث ، أو يصح فينفذ البتل كله إن كان لرجل بعينه . وإن كان للمساكين أو في السبيل أمر بإنفاذ ذلك كله ، ولا يجوز من فعل الصحيح إلا ما قبض وحيز قبل أن يموت أو يفلس ، وقد كان له قول في فعل المريض إذا كانت له أموال مأمونة ، إنه يتم بتله ، ومن حبس في صحته ما لا غلة له مثل السلاح والخيل والرقيق وشبه ذلك ، فلم ينقلها ولا أخرجها من يده حتى مات فهى ميراث .

وإن كان يخرجه في وجوهه ويرجع إليه فهو نافذ من رأس ماله ، لأنه خرج في وجهه، وإن أخرج بعضه وبقى بعضه ، فما أخرج فهو نافذ ، وما لم يخرج فهو ميراث .

قال أشهب في «كتاب محمد» و « المجموعة » : وما كان يرد إليه بعد القول من الغزو، فيعلف من عنده الخيل فيرم السلاح ، وينتفع بذلك أيضًا هو في حوائجه ويعير ذلك لإخوانه ثم يموت .

قال مالك : ذلك ميراث ، لأن المحبس إنما حاز لمنافع نفسه ومن « المدونة » : قال مالك : وما حبس في صحته أو تصدق به على المساكين من حائط أو دار أو شيء له غلة فكان يكريه ويفرق غلته كل عام على المساكين ، ولم يخرجه من يده حتى مات ، لم يجز ذلك ، لأن هذا غير وصية إلا أن يخرج ذلك من يده قبل موته أو يوصى بإنفاذه في مرضه لغير وارث فينفذ من ثلثه، ولا يجوز من فعل الصحيح إلا ما قبض وحيز قبل أن يموت أو يفلس .

قال [ق / ١١٤/ ٨ب] في « المجموعة » و«كتاب محمد» : وليس تفرقة الغلة كالسلاح وشبهه الذي يخرج من يده في وجهه ، ويرجع إليه .

يريد : لأن هذه الأشياء انتقلت من يده وأخرج جميعها ، وفي الغلة لم يخرج الأصل من يده ، فذلك مفترق .

قال ابن عبد الحكم عن مالك : وإن جعلها بيد غيره وسلمها إليه يحوزها ويجمع غلتها ، ويدفعها إلى الذى حبسها يلى تفرقتها ، وعلى ذلك حبس إن لك جائز ، وأبى ذلك ابن القاسم وأشهب .

ومن « المجموعة » : قال ابن القاسم فيمن حبس داراً أو سلاحًا أو عبدًا في السبيل ، فأنفذ ذلك في وجهه زمانًا ، ثم أراد أن ينتفع به مع الناس ، فإن كان من حاجة فلا بأس به .

قال في « المدونة » : وإن وهب أو تصدق على من يحوز لنفسه من وارث أو غيره ، فلم يقبض ذلك المعطى حتى مرض المعطى ، لم يكن للمعطى قبضها الآن وكانت إن كانت مال وارث ،وكذلك الحبس والعمرى والعطايا والنخل .

قال عثمان بن عفان ﷺ : إلا أن ينحل ولده الصغير الذي لم يبلغ أن يحوز نخله ، فيعلمن بها ويشهد ، فيحوز وإن وليه الأب .

قال مالك : فالأب يحوز للصغار من ولده ولمن بلغ من أبكار بناته ما وهبهم هو وأشهد عليه .

قال أبو محمد : يريد فيما يعرف أو كانت داراً ولم يسكن بها ما له قدر وبال .

ومن « المجموعة » : وقال عن مالك فيمن حبس داراً أو غيرها في سبيل الله وجعل رجلاً يكريها ويتولى أمرها ويرم منها ما يحتاج إلى المرمة وينفق في السبيل ثم أكراها من ذلك الرجل ونفذه الكراء وكرهه .

وقال : أراها ميراث .

قال عنه هو وابن وهب وعليّ فيمن حبس الدار أو غيرها على ولده ثم يكتريها منهم بكراء ويدفعها إليهم ، أو يعمل فيالحائط مساقاة، فهذا يوهن الصدقة وهى باطلة إن مات.

قالوا عنه ـ إلا ابن وهب ـ : ويكره أيضًا من باب الرجوع في الصدقة .

وقال مالك فيمن حمل رجلاً على فرس في سبيل الله فأقره عنده ليعلفه له ويقوم عليه حتى يحضر العدو ، وأشهد على ذلك وأمكنه من قبضه ، فتركه لذلك ثم مات المعطى قبل أن يقبضه المعطى ، فذلك نافذ إذا أشهد كما ذكرنا .

قال محمد : ولا يصلح هذا إلا في مثل الفرس والسلاح وما لا غلة له .

وقال مالك فيمن حبس حبسًا فسكنه زمانًا ثم خرج منه بعد ذلك ، فلا أراه إلا وقد أفسد حبسه ، وهو ميراث .

قال ابن القاسم : إن حيز عنه بعد ذلك في صحته حتى مات فهو نافذ ، فإن رجع فسكن فيه بكراء بعد ما حيز عنه ، فإن جاء من ذلك أمرٌ بيِّن من الحيازة فذلك نافذ ، قاله مالك .

قال محمد : هذا إذا حاز ذلك المحبس عليه نفسه أو وكيله ، ولم يكن فيهم صغير ولا من يولد له بعد ، فأما من جعل ذلك بيد من يحوزه على المتصدق عليه حتى يقدم أو يكبر أو يولد أو كان بيده وهو يحوزه لمن يجوز حوزه عليه ثم يسكن ذلك قبل أن [ ] الصدقة نفسه ، وقل الحيازة من ذكرنا ممن حبسه عليه ، فذلك يبطله .

قلت : وكم حد تلك الحيازة ؟ قال : السنة أقل ذلك ، قاله ابن عبد الحكم عن مالك.

ومن « المجموعة » : ومن حبس على عبده حبسًا حياته ثم هو على فلان ، فقبضها العبد وحازها ثم مات السيد ، فلا شيء للأجنبى لأن عبده لا يجوز عنه كما يحوز عنه غيره ، لأنه يقدر أن ينتزع ذلك من عبده ، بخلاف الأجنبى وكذلك لو قال : هذه الدار حبس على ابنى فلان الصغير وأنا أحوزها له ، فإذا انقرض فهى على فلان ، فيموت الأب قبل أن يبلغ الابن الحوز فذلك يبطل في الأجنبى ، وتكون للابن إلى تمام عمره لحيازة الأب له ، وذلك بخلاف من قال : عبدى حبس عليك سنين ثم هو لفلان ، فحيازة الأول حيازة الثانى وإن مات سيده قبل أن يخرج من الخدمة .

وقال عبد المالك : إذا أعمره منزلاً فبعد أن حازه جعل مرجعه لآخر ، فلا يكون حيازة الأول حيازة للثانى إن مات ربه أو فلس ، وأما لو كان ذلك في مدة حتى يكون قبض الأول عنه وعن الآخر ، فذلك جائز .

قال مالك : وإن حبسها عليك حياتك ثم هى في السبيل ، فإنها من رأس المال إن جزتها عنه .

ولو قال : هى حبس عليك حياتى ثم هى في السبيل ، فهى من الثلث في السبيل ، وقاله ابن القاسم وأشهب .

وروى أشهب في هذا الأصل غير هذا ، أنه يجعل ذلك من رأس المال ، لأنها لا ترجع إليه ولا إلى ورثته من بعده .

فيمن حبس ثمرة حائطه على قوم بأعيانهم فمات بعضهم

قال ابن القاسم : ومن حبس ثمرة حائطة على رجل بعينه حياته فكان يغتلّها ، فمات

المعطى وفيها ثمرة قد طابت ، فهى لورثته . وإن لم تطب فهى لرب الحائط كما قال مالك .

قال مالك فيمن حبس حائطه على قوم معينين ـ يريد : حياتهم ـ وكانوا يلونه ويسقونه ، فمات أحدهم بعد طياب النخل فإن نصيبه لورثته بلا اختلاف من قول مالك والرواية .

وإن أبرت ولم تطب ، فقال غير واحد من الرواة : إن حق الميت فيها أيضًا ثابت .

وقال ابن القاسم : إن أبرت [ق / ١١٥/ ٨ب] ولم تطب فجميع الثمرة لبقية أصحابه يقوون بها على العمل وإن لم يلوا عملها ، وإنما تقسم عليهم الغلة ، فنصيب الميت ها هنا لرب النخل ، ثم رجع مالك فقال : بل يرد ذلك على من بقى من أصحابه .

وقال في «كتاب محمد» : إلا أن يكون أوصى لكل رجل بمكيلة معلومة ، أو لهذا يومًا ولهذا يومًا ، أو بسكنى معروف لكل واحد أيام بأعيانها أو مسكنًا بعينه ، فإن مات منهم أحد رجع نصيبه إلى صاحب الأصل .

ومن « المدونة » : وروى الرواة كلهم عن مالك ، ابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن نافع وابن زياد والمغيرة ، أنه قال : من حبس على قوم بأعيانهم ما يقسم من غلة داره أو ثمرة حائطه أو خراج غلامه ، فإنه إذا مات أحدهم رجع نصيبه إلى الذى حبسه ، لأن هذا مما يقسم عليهم .

فإن كانت دارًا لا يسكنها غيرهم أو عبدًا يخدم جميعهم ، فنصيب الميت ها هنا لباقيهم ، لأن سكناهم الدار سكنًا واحدًا ، واستخدامهم العبد كذلك ، فثبت الرواة كلهم عن مالك على هذا إلا ابن القاسم فإنه أخذ برجوع مالك فقال : يرجع على من بقى ، كان يقسم أو لا يقسم .

قال سحنون : فإن مات منهم ميت والثمرة قد أبرت ، فحقه فيها ثابت ، قاله غير واحد من الرواة .

قال مالك وابن القاسم في « المجموعة » و«كتاب محمد» : ولو ولد لأحدهم ولد بعد الإبار أو قبله كان على حقه في الثمرة .

وإن ولد بعد طيبها فلا شيء لهم من ثمرة العام ، ولهم ذلك في المستقبل .

قال محمد : ولو كانت محبسة حياة صاحبها ، فمات صاحبها وفيها ثمرة قد طابت ، فهى لهم .

وإن أبرت ولم تطب فهى لورثة رب النخل ، هذا معنى كلام محمد .

م : **قال بعض أصحابنا** : وإذا مات أحد المحبس عليهم قبل طياب الثمرة وقد تقدمت له فيها نفقة ، إن لورثة الميت الرجوع بالنفقة ، لأن أصحابه انتفعوا بنفقته وهو مات قبل أن يجب له حق في الثمـرة ، ويستأنى حتى تطيب الثمـرة ، ويرجع الورثة عليهم بالأقل من نفقة الميت الذى أنفق أو ما ينوبه من الثمرة بعد محاسبتهم للورثة بما أنفقوا هم أيضًا ، ولو أجيحت الثمرة لم يكن للورثة شيء ، قاله بعض فقهائنا .

قال : وقال بعض شيوخنا من القرويين : إذا تقدمت للميت نفقة فعلى أصحابه غرمها معجلا ، لأنه كالإستحقاق ، وإذا استحق الأصل إن عليه غرم السقى والعلاج .

م : وهذا أبين إلا أن يشاء ، ولأن ينفقوا على نصيب الميت في هذه الثمرة فلا تلزمهم له نفقة ، والله أعلم .

وقد تقدم أن من أسكن رجلاً داره ليس مسماه أو حـياته على أن عليه مرمتها ، أنه لا يجوز وهو كراء فاسد ، فإن أعطاه رقبتهـا على أن ينفق عليه حياته فهو بيع فاسد ، والغلة للمعطى بالضمان ، ويرد الدار إلى ربها ، ويتبعه بما أنفق عليه .

جامع مسائل مختلفة
مما ليس في « المدونة »

ومن **«كتاب ابن المواز»** : قال مالـك : ومن حبس على ولده ، ولا ولد له، فله أن يبيع، فإن ولد له ولد فلا يبيع .

قال ابن القاسم : وليس له أن يبيع حتى يؤايس له من الولد ، لأنى لو أجزت له أن يبيع لأجزت له إذا كان له ولد فماتوا أن يبيع ولم ينتظر إلى أن يولد له .

قال : وأما إن مات الأب قبل أن يولد له ولد فلا حبس ، ويصير ميراثًا .

قال : ومن حـبس على ولده ثمر ثم هى في السبيـل ، فلم يولد له ، فله أن يبيع إن شاء .

وإن ولد له ، فلا سبيل له إليالبيع .

قال محمد : وذلك إذا آيس له من الولد .

قال عبد المالك : بل هى حبس .

قال مالك : ومن حبس على رجل وعقبه ثم مصيرها إلى رجل بتلاً ، فانقرض الذى بتلت له ، ثم انقرض المحبس عليه وعقبه ، فإنها ترجع ميراثًا بين ورثة الذى بتلت له على

تناسخ الميراث يوم مات .

قال : ومن قال : ثلث ما لى لبنى فلان في وصية ، فلم يوجد لفلان ولد .

قال : أما ابن القاسم فـقال : إن كان أوصى وهو يعلم أنه لا ولد له رأيت أن يوقف ذلك .

وإن لم يكن يعلم لم يوقف وكأن الوصية باطلة .

وقال أشهب : إذا مات الموصى قبل أن يكون له ولد أو حمل ، فالوصية باطلة .

م : وقول ابن القاسم مذكور في الوصايا من « المدونة » .

فصل

قال محمد : قال مالك فيمن حبس داره على ولده وقـال في حبسه : إن احتاجوا أو اجتمع ملأهم على بيعـها باعوا واقتسموا الثمن بينهم بالسـواء ، ذكرهم وأنثاهم ، فهلكوا جميعًا إلا واحدًا فأراد بيعها .

قال مالك : ذلك له ، ولا حق لواحد فيها من ولد بنات المحبس إن طلبوا ميراثهم ، وقاله ابن القاسم ، لأنه بتلها لبنـيه خاصة في صحته ، فليس لسواهم من ورثة أبيـهم فيها حق .

وقال مالك فيمن تصدق على ابنين له بدار على وجه الحبس ،وكتب : إن شاؤوا باعوا وإن شاؤوا أمسكوا ، فرهق ابنيه دين ، فللغرماء أن يبيعوا حتى يستوفوا دينهم .

فصل [ق / ١١٦/ ٨ب]

قال محـمد : وإذا قال : دارى حـبس على عقـبى وهى للآخر منهم ، فـإنها تكون للآخر منهم بتلاً ، وهى قبل ذلك محبسة ، وسواء قال : للآخر أو على الآخر فإن كانت آخرهم امرأة ، باعت إن شاءت أو تصدقت .

وإن كان آخرهم رجلاً يرجى له عقب ، أوقفت عليه .

فإن مات ولم يعقب ورثها عنه ورثته ، لأنه قد تبين بموته أنها قد صارت له .

ولو تصدق هكذا وجعلها للآخر منهم ، فاجتمعوا على بيعها الأبعد منهم والأقرب ، فليس لهم ذلك ، إذ لعلهم ليسوا بالذين هى لهم ، إلا أن يكونوا نساء ، كلهن من ولده، فذلك لهن ، لأنَّا نعلم أن إحداهن آخرهن فلم يفدها الرضا بذلك .

قال ابن الـقاسم : وإذا قـال رجل لرجلين : عبـدى حبـس عليكما ، وهو للآخـر منكما.

قال مالك : فذلك جائز ، وهو للآخر ملكًا ، وقاله أشهب .

قال : إلا أن يقول : حبس عليكما حياتكما ، وهو للآخر منكما ، فلا يكون للآخر إلا حبسًا عليه حياته .

محمد : ولا أن يكون قوله : وهو للآخر منكما ، بعد أن ثبت قوله الأول ، فلا يكون للآخر إلا حبسًا .

فصل

ومن « العتبية » : ومن سماع ابن القاسم : ومن حبس أمة حبسًا صدقة على أمه وأخته ، لا تباع ولا توهب ولا تورث ، وأيتهما ماتت فهى للآخرة منهما ، فماتت أخته فأراد أن يبتلها لأمه تبيع وتصنع بها ما شاءت .

قال : ذلك له بعد أن تفكر مليًا ، كأنه لم يرها مثل الدور .

قال : وقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : وكأنه رأه من ناحية البر ، وأن ذلك يجوز في الحيوان ولا يجوز في الرباع .

قال محمد : إذا حق له إلى ما هو أفضل للعبد وله في بر أمه ، وأفضل لأمه ، فإذا كان أفضل للثلاثة جاز في الحيوان . ولو حول إلى ما ليس بأفضل لم يجز .

قال في « العتبية » : وليس له أن يفعل ذلك في الدور إلا أن يكون شرط أن مرجعها إليه ، له أن يفعل مثل ذلك أو يجعلها في غيرهما بعدهما .

قال أصبغ عن ابن وهب فيمن حبس داره على رجل ، فقال : لاتباع ولا توهب ، ثم بدا له أن يبتلها له وقال : هى عليك صدقة .

فقال : هى له يصنع بها ما شاء ، وسواء قال في حبسه : هى حبس عليك حياتك أو لم يقل .

قال أصبغ : لا أرى ذلك ، وهى كالحبس المؤبد بعد موته ، وهى حبس أبدًا .

م : وهذا على الختلاف قول مالك في قول المحبس إذا قال : دارى حبس على معين، فقال مرة : ترجع إليه بعد انقراضهم ملكًا ، فعلى هذا القول يجوز أن يبتلها له كما قال ابن وهب ، وعلى قوله : ترجع حبسًا ، لا يجوز أن يبتلها له لأن فيها حقًا لغيره بعده .

فصل

ومن «كتاب ابن المواز» : قال : وكره مالك حبس الرقيق والحيوان على أن يكون على العقب ، بخلاف الرباع ،لأنه ضيق على العبد ، إلا أنه لو وقع أمضاه على ما شرط،

وإن أراد تغييره إلى ما هو أفضل للعبد وأقرب إلى الله تعالى جاز .

قال محمد : إن حوله إلى ما هو أفضل للعبد وله هو والحبس عليه ، جاز .

قال ابن القاسم : ولو حول الحيوان إلى ما ليس بأفضل مما سئل فيه ، لم يجز ، قاله مالك ، بخلاف الدور ، لأن الحيوانات تموت وتمرض .

وقال أشهب : الحبس نافذ على ما شرط في الرقيق والثياب والدواب ، وإن شرط في ذلك ما شرط في الرباع مضى ذلك على ما حبس ، ويرجع ذلك كما ترجع الدور على الأقرب فالأقرب من عصبة المحبس ، فيسلك به سبيل الحبس أبدًا ، لا يباع .

وقد سئل مالك عن من أعمر أمه عبدين له حياتهما ، فلما حضرته الوفاة أعتق أحدهما .

قال مالك : لا يجوز ذلك ، إلا أن تجيزه أمه .

وقال ابن القاسم وابن عبد الحكم عن مالك فيمن أوصى ببقر له أن تحبس ويقسم لبنها على المساكين ، فتوالدت .

قال مالك : فما ولدت من أنثى حبس معها ، وما ولدت من ذكر حبس لنزوها ، فإذا كبر عن النزو بيع الفضل عن ذلك أيضًا ، فيشترى بثمن ذلك إناثًا .

وكذلك ما كبر من أنثى فانقطع لبنها ، فإنها تباع وتجعل في مثلها .

فصل

ومن حبس عبده على رجل ولم يشترط ماله ، فما له بيده كالمخدم ، وليس لسيده ولا للمحبس عليه أخذه ، ونفقته على المحبس عليه .

وقال مثله في « العتبية » ابن القاسم عن مالك في العبد المخدم عمرًا : فماله موقوف بيده ، وكذلك ما أفاد فلا ينزعه السيد ولا المعمر ، وهو يأكل منه ويكتسي بالمعروف ، وإن مات ورثه سيده ، وله عقله إن قتل ، وكذلك الأمة ، وما ولد للأمة أو للعبد من أمته ، فبمثابتها في الخدمة .

وإن قتل السيد أحدهما خطأ فلا شيء عليه ، وإن قتله عمدًا غرم قيمته ، فيستأجر منها من يخدم المعمر ، فإن مات رجع الفضل إلى سيده .

سحنون : وقد قيل : يشترى بتلك القيمة عبد يخدم مكانه ، وكذلك الأمة إذا أحبلها السيد وقد تقدم هذا في كتاب العبيد موعبًا .

تم «كتاب الحبس» والحمد لله وحده ، وصلى الله على خير خلقه سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم [ق/ ١١٧/ ٨ب] .



بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه

كتاب الصدقة

جامع القول في حيازة الصدقات والهبات وشبهها، وما يبطل ذلك في صدقة المريض، وما يحدثه المتصدق في الصدقة قبل الحوز أو بعده

قال أبو محمد : ولما كان الواهب لوارث أو لأجنبي إذا أمسك الهبة حتى يموت، كمن زاد على ثلثه في وصيته، أو خص بالوصية بعض ورثته بطل، لأنه ينتفع بذلك حياته على أن يخرج ذلك من رأس المال على ورثته بعد وفاته .

وقد قال أبو بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس وغيرهم : لا تجوز الصدقة حتى تقبض، وقد قال الصديق لعائشة رضي الله عنها فيما نحلها فلم تقبضه حتى مرض : لو كنت حزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال وارث .

قال عثمان : إلا أن ينحل ولده الصغير الذي لم يبلغ أن يحوز محله فأعلن بها، فأشهد عليها فيجوز وإن وليها أوبه .

قال ابن القاسم : وكل صدقة أو حبس أو غلة أو عمرى أو عطية أو هبه لغير وارث في الصحة يموت المعطى أو يفلس أو يمرض قبل حوز ذلك، فهى باطلة، إلا أن يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ويقضى للمعطى بالقبض إن منعه .

ومن «كتاب محمد» : وإذا مرض المعطى فقام المعطى إلا أن يقبض صدقته ففيه اختلاف، وروى ابن القاسم عن مالك : إن قبضه الآن لا يحوز، وإن كان غير وارث، واحتج بأن أبا بكر لم يعط ذلك لعائشة لما مرض .

وقال أشهب : يقضى له الآن بثلثها، فإذا صح قضى له بباقيها، ولا أرى قول من قال : تجوز كلها من الثلث، ولا قول من قال : يبطل جميعها، لأنه إذا مرض فله الحكم في ثلثه .

قال محمد : وأظن جوابه أنه لم يدع غيرها، فلذلك قال : ثلثها .

قال أشهب : وقد ذهب ربيعة أنه إذا لم يجز المعطى عطيته حتى مات المعطى أن له ثلث العطيه .

وقال ابن شهاب وغيره : هى للمعطى إن حملها الثلث ولا أقول ما قالوه .

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون : وإذا أدى المعطى ما أحاط بماله وبالصدقة فالدين أولى ، والعطية باطلة ، والصدقة يوم تقبض لا يوم يتصدق بها ، والفلس كالموت والمرض .

وقال أصبغ : الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها ، وإن لم تقبض ، وهى بيوم يتصدق لا بيوم تقبض ما دام حيًا ، إذ لو قيم عليه أخذت منه ما لم يمرض أو يموت ، وليس كالفلس ، وهو كالعتق إذا أعتق وله مال يفي بدينه ، لم يضر ذلك ما يحدث من الدين .

قال ابن حبيب : لا تشبه العتق ، لأن العتق قبض والصدقة لم تقبض حتى حدث الدين .

وقال ابن المواز : وإذا مات المعطى لا يضر ذلك ، ولورثته القيام بطلبها .

وأما موت المعطى قبل الحيازة ، فالعطية تبطل إلا فيما أعطى لصغار بنيه أو من يلي ذلك عليه ما لم يكن ذلك عينًا ، وهذا في الأب والوصى فقط ، ولا يجوز ذلك في أم ولا جد ولا أخ أو غيره إلا أن يكون وصيًا وشىء آخر عذر به ، مثل الرجل يتصدق بالثوب ونحوه في سفره ، ومثل الحاج يشتريه لأهله فشهد على ذلك ثم يموت في سفره ، فيجوز من رأس المال ، ولا ينفع أن يذكر ذلك حتى يشهد عليه وشىء آخر ما كان من الحبس مما لا غلة له مثل السلاح والمصحف ، فإذا خرج من بلده فيما جعله فيه ، ثم رجع إلى يده ، فهو نافذ ، وإن فات وهو في يده فهو من رأس المال وشىء آخر الذى تحاز عنه الدار الذى يتصدق بها على قوم فيحوزونها مثل السنة وأكثر ثم يكتريها المتصدق بها فسكنها فيموت فيها فهى نافذة من رأس المال ، وأما على من يولد بعد فلا ولا على أصاغر .

وإن حاز ذلك هو أو غيره حتى يكبر الأصاغر ويحوزوا مثل السنة وأكثر ثم يكتريها منهم ، ثم يموت فيها ، فيجوز وإن كنا نكره له ذلك من باب الرجوع في

الصدقة ، ومحمل هذا كله قول مالك وأصحابه لا يختلفون فيه ، وإذا حاز المعطى وسكن ثم استضافه المعطى فأضافه أو مرض عنده حتى مات أو اختلفي عنده حتى مات ، فلا يضر ذلك العطية.

قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : أما إذا حاز المعطى الدار فمرض المعطى فنقله إليه فمات فيها ، أو كان مسافرًا فنزل به فأضافه ، أو طريدًا فآواه فيدركه الموت بها ، فالصدقة تامة ، ولو كان ذلك بعد حيازة المعطى بيوم وما كان على غير هذا المعنى فسكن فيها حتى مات ، فذلك يبطل الصدقة ، ولو تقدمت حيازة المعطى فيها الزمان الطويل وسكنها بكراء أو بإسكان .

قالا : وكذلك لو كتب له بذلك المعطى كتابًا أنه يسكنه إياها حياته أو اكتراها منه مدة بعد أن حازها [ق / ١١٨ / ٨ب] المعطى زمانًا طويلا فلم يسكنها المعطى حتى مات ، فهى أيضًا باطلة كما لو سكن على هذا .

قال : وذهب ابن القاسم وأصبغ إلى أنه إذا حازها المعطى سنة ثم سكنها المعطى بكراء أو منحة أو بأى وجه ، فإن ذلك لا يبطلها وهى نافذة .

ومن « العتبية » و « الواضحة » : قال ابن القاسم : ومن تصدق على رجل بدار ودفع إليه مفتاحها وبرئ إليه منها ليحوزها ، فتلك حيازة وإن لم يسكنها المعطى ولا أسكنها أحد.

أبو محمد : يريد ، وهى حاضرة بالبلد .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكل صدقة أو هبة أو حبس أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين ، فلم تخرج من يده حتى مات ، فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه ، لأن حكم ذلك وحكم ما أعتق للإيقاف ليصح المريض فيتم ذلك ، أو يموت فيكون في الثلث ، ولا يتم فيه لقابض في المرض قبض ، ولو قبضه كان لورثته إيقافه ، فلذلك لم تبطل الصدقة بترك الحيازة لها ، لأنه ممنوع منها .

قال : وليس لمن قبضها أكل غلتها ولا أكلها إن كانت مما يؤكل ، ولا رجوع للمريض فيها ، لأنه بتلها بخلاف الوصية ، ولا للموهوب أو المتصدق عليه أن

يتعجل قبضها إلا أحد قولى مالك في المريض له مال مأمون ، فينفذ ما بتل من صدقة أو عتق أو غيره .

فصل

قال : ومن تصدق على رجل بدار فلم يقبضها المعطى حتى باعها المعطى ، فإن علم المعطى بالصدقة فلم يقبضها حتى بيعت ، تم البيع وكان الثمن للمعطى ، فإن لم يعلم أو علم ولم يفرط حتى غامضه بالبيع ، فله نقض البيع في حياة الواهب وأخذها ، فأما إن مات المعطى قبل أن يقبضها المعطى ، فلا شيء له ، بيعت أو لم تبع .

وقال أشهب : إن خرجت من ملك المعطى بوجه ما وحيزت عليه ، فليس للمعطى شيء .

قال محمد : البيع أولى وإن لم يقبض ، لأنه يضمنه ، وتبطل الصدقة ، والشيء للمتصدق عليه من الثمن .

قال محمد : وأهل العراق يقولون في كل شيء : إن للمتصدق أن يرجع فيه ما لم يحز عنه ويخرج من يده .

ومن «كتاب العتق» : ومن وهب عبداً أو تصدق به على رجل أو أخدمه إياه حياته، ثم أعتقه المعطى قبل حوز المعطى جاز العتق وبطل ما سواه ، علم المعطى بالهبة أو بالصدقة أو لم يعلم .

قال في «كتاب محمد» : وكذلك لو كانت له أمة فأحبلها قبل الحيازة ، كذلك عنه في «العتبية » قيل له فيها : فهل تؤخذ منه قيمة الأمة إذا حملت ؟

قال : لعل ذلك أن يكون ، وفي رواية أصبغ : ذلك بمنزلة العتق .

قال أصبغ عن ابن القاسم : ولو قتل العبد رجل كانت القيمة للموهوب له .

قال أصبغ : ولو كاتبه أو دبره أو أعتقه إلى أجل ، فلا يرد ذلك ولا شيء للمعطى لا في خدمة المدبر ولا في كتابه المكاتب ولا في رقبته إن عجز .

وروى عنه عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فيمن تصدق على رجل بعبد ثم أعتقه قبل أن يقبضه ، قال : لا عتق له ، وإن كانت أمة فأحبلها فعليه قيمتها

للمعطى إن كانت عطية جد .

وروى عن ابن القاسم أنه إن أعتق العبد وأراد به إبطال الصدقة نفذ عتقه وغرم قيمته للمتصدق عليه .

قال في «العتق» : ولو لم يعتقه ولكن وهبه لآخر أو تصدق به عليه ، فالأول أحق به وإن حازه الآخر ما لم يمت الواهب .

وقال أشهب : بل الثانى أحق به إذا حازه وإن لم يمت الواهب ، وبه أخذ محمد.

وروى عن ابن القاسم أنه إن تصدق به أو وهبه لآخر والأول عالم فلا شيء له إذا حازه الآخر ، وإن لم يعلم فهو أولى ما لم يمت الواهب .

ومن «كتاب الصدقة» قال مالك : ولا يشترى الرجل صدقته من المتصدق عليه ولا من غيره .

محمد : ولا يرجع إليه باختيار من شراء أو غيره وإن تداولته الأملاك والمواريث، وقد قال عليه السلام : « **العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه** » (١) .

قال غيره : ونهى النبى عليه السلام عمر عن شراء فرس كان تصدق به ، وروى أنه لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد لولده .

قال مالك : ومن تصدق على ابنه الصغير بجارية فتبعتها نفسه ، فلا بأس أن يقومها على نفسه ويشهد ويستقصى للابن .

قال محمد عن ابن القاسم : وإنما أرخص في هذا لموضع الابن الصغير من أبنه، ولو كان كبيرًا أو أجنبيًا ما حل له ذلك ، وقاله مالك .

قال محمد : وللرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشرب من لبنها ويكتسى من صوفها إذا رضى الولد ، وكذلك الأم [ق /١١٩/٨ب] .

قال محمد : وهذا في الولد الكبير ، وأما الصغير فلا يفعل ، وقاله مالك .

قال في « المدونة » : ومن تصدق على أجنبى بصدقة لم يجز له أن يأكل من ثمرها ولا يركبها إن كانت دابة ، ولا ينتفع بشيء منها ولا من ثمنها ، وأما الأم أو الأب إذا احتاجا فلا بأس أن ينفق عليهما مما تصدقا به على الولد .

---

(١) أخرجه البخارى (٢٤٨٠) ومسلم (١٦٢٠) من حديث عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه .

محمد : قال مالك : ولا يستعير ما تصدق به إذا أعطاه لرجل في السبيل ، وإن تصدق بذلك عليه فلا يقله ، ولو حمله على فرس في السبيل فلا يستعيره يركبه ، ولو كان أمرًا قريبا فلا أحبه ، وقد ركب ابن عمر ناقة وهبها فصرع عنها ، فقال : ما كنت أفعل مثل هذا .

قال محمد : وأما إن لم يبتل الأجل وإنما تصدق بالغلة عمرًا أو أجلاً ، فله شراء ذلك ، قاله مالك وأصحابه إلا عبد الملك واحتج بالنهى عن الرجوع في الصدقة ، وأجاز لورثته شراء المرجع ، والحجة عليه ما أرخص النبى عليه السلام فيه من شراء العارية .

ولو جعل الثمرة والخدمة لرجل عمره ثم الرقبة لآخر بعده ، فلا يجوز لمن له الأصل شراء ذلك ، لأنه قد بتله ، ويجوز شراء ذلك لمن له مرجع الأصل ، ولورثته .

م : لأنهم كمن أعمر رجلاً نخلة ثم مرجعها إليه .

قال : ويجوز للذين لهم الغلة شراء مرجع الأصل من جعل له ، وقاله كله مالك .

فصل

ومن « العتبية » : قال مالك : ومن تصدق على ولده الصغير بدين ثم اقتضاه الأب بعد ذلك ، فهو بمنزلة العبد يتصدق به عليه ثم يبيعه ، فالثمن للابن ولا يكون بمنزلة الذهب يتصدق بها عليه وهو في ديه ، فلا يكون ذلك للابن إذا لم يجعلها على يد غيره.

محمد : وقاله مالك وأصحابه قال عيسى عن ابن القاسم : لأن الدنانير الذين قد حيزت مدة حيازة تامة قبل أن يقبضها الأب ، كما لو تصدق على ولده الصغير بدنانير وجعلها في يد رجل يحوزها له ، ثم حدث للرجل سفر أو مات فقبضها وما رآها ماضية ، لأنها حيزت مدة ، وكالدور يتصدق بها فتحاز سنين ثم يسكنها بكراء أو غيره فيموت فيها، فهى جائزة .

ولو تصدق على رجل بدين له على آخر ، ثم قبضه من غريمه ، فإن علم الغريم

بالصدقة قبل الدفع ضمنها للمعطى وإلا رجع المعطى على المعطي .

في موت المعطى قبل حوز المعطى وقد كان أخرج الصدقة من يده أو أشهد عليها

قال ابن القاسم : ومن تصدق على رجل بدراهم وجعلهـا على يد غيره والمعطى مرضى في نفسه ليس بسفيه ولا محجور عليه حاضر يعلم بذلك ، فلم يقم على صدقته ولم يقبضها حتى مات المتصدق بها ، فإن كان المتصدق لم يشترط علىالذى جعلها على يديه أن لا يدفعها للمعطى إلا بإذنه كان للمعطى أخذها بعد موت المتصدق بها ، لأنه تركها في يد رجل قد حازها له ، ولو شاء أخذها منه في حياة المتصدق ولا رجوع للمتصدق فيها ، وإن اشترط المتصدق ما ذكرنا بطلت الصدقة .

فيمن دفع في صحته مالاً لمن يفرقه في الفقراء أو في سبيل الله ، ثم مات المعطى قبل إنفاذه ، فإن كان أشهد حين دفعه لمن يفرقه نفذ ما فات منه ، وما بقى فهو من رأس المال.

قال ابن القاسم : وإن لم يشهد حين دفعه إلى المأمور ، فليرد ما بقى منه إلى ورثة المعطى ،ولا ينفعه ما أمره به ، فإن فرق ما بقى بعد موت المعطى ضمن البقية للورثة .

ومن ذلك أيضًا الرجل يحبس حبسًا فجعله على يده رجل ، فإن كان الذى حبس عليهم كبارًا ، فيجوز ذلك ، ألا ترى أن أحباس من مضى ـ عمر وغيره ـ إنما كانت في يد من جعلوها على يديه يجبرون عليها فيما أمروا به وكانت جائزة مقبوضة .

قال مالك : وأما ما اشترى الرجل في سفره من حج أو غيره من هدية لأهله من كسوة ونحوها ، أو بعث بهدية لرجل قبل أن يصل ذلك إلى أهله أو للرجل ، فإن كان أشهد على ذلك هو لمن اشتراه له ، وإن لم يشهد فهو ميراث .

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم قال : إذا اشتراه لصغار ولده وأبكار بناته ممن يجوز حوزه لهم ، فهذا إذا أشهد عليه واغتله جاز .

م : قال بعض أصحابنا : إذا أشهد على المال ثم اشترى به الهدية فمات قبل أن

تصل فإنها جائزة وإن لم تخرج من يده ، لأنه قد نقله عن المال الذى وهبه إلى عوض ، فهو غير ما وهب .

وإن أشهد على العوض الهدية لم يجز حتى يخرجه من يده إلى غيره ، لأن ذلك الشيء بعينه هو الهدية .

م : وليس ذلك شيء ، والإشهاد في مثل هذا هو الحوز ، لأنهم عذروا المعطى بالغيبة [ق / ١٢٠ / ٨ب] فجعلوا حوزه الإشهاد .

وقد قال مالك في «كتاب محمد» و « العتبية » : فيمن تصدق في سفر على امرأته أو ابنته وليسا معه بعبد معه ، وأشهد على ذلك والعبد يخدمه ، ومات السيد قبل أن يقدم ، فإن أشهد على ذلك من يعرف المرأة أو الابنة ، فذلك نافذ .

وإن أشهد من لا يعرفها ، فلا أدرى ما هذا .

قال في «كتاب محمد» : وكذلك ما اشتراه في الحج من هدايا لأهله .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن بعث بهدية أو صلة لرجل غائب ثم مات المعطى أو المعطى قبل وصولها ، فإن كان المعطى أشهد على ذلك حين بعثه بها ، فهى للمعطى أو لورثته .

وإن لم يشهد عليها حين بعثها ، فأيهما مات قبل أن تصل فإنها ترجع إلى الباعث أو لورثته ، وكذلك في « كتاب ابن المواز » .

وفي رواية أشهب عن مالك : قال : إذا لم يكن ذلك وصل إليهم ولا أشهد به إشهادًا ، وإنما كان يذكر ذلك للعدول عند الشراء أو غيره ، فهذا من مات منهما قبل أن يصل ذلك للمعطى ، فلا شيء للمعطى ذلك.

وفي «كتاب ابن المواز» أيضًا : من مات منهما أولاً رجع ذلك إلى ورثة الميت .

م : وهذا أبين ، لأن الصدقة إنما تبطل بموت المتصدق لا بموت المتصدق عليه .

وقد قال مالك في «المدونة » في باب آخر : إن كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن تقبض هبته ، فورثته مكانه يقبضون هبته ، وليس للواهب أن يمتنع من ذلك .

قال ابن القاسم : وكذلك من وهب لعبد رجل هبة فمات العبد ، إن لسيده أن

يقوم على الهبة فيأخذها .

محمد : قال مالك : ولو أشهد الباعث أنها هبة لفلان ثم طلب استرجاعها من الرسول قبل أن يخرج ، فليس له ذلك .

محمد : ولو بعث بها مع رجلين فأشهدهما ، فإن قال لهما : اشهدا عليَّ ، فهى على الإنفاذ .

وقال لى ابن عبد الحكم عن ابن القاسم : أنه إذا قال : ادفعا ذلك إلى فلان فإنى وهبته ذلك فهى شهادة .

وإن لم يذكر « فإنى وهبته » ، ليس بشىء .

قال محمد : إذا مات فهى ترجع إليه ، إلا أن يشهد إشهادًا على الإنفاذ ، وتصل إلى المعطى .

قال أشهب عن مالك : ولو أشهد فلا يتم حتى يكون قد أشهدهما إشهادًا .

وكذلك قال عنه ابن القاسم فيمن اشترى هدايا في الحج لأهله ، فلا ينفع الإشهاد حتى يشهدوا أنه أشهدهم .

قال : ولو قالوا : إنا سمعناه يقول : هذا لامرأتى ، وهذا لابنتى ، فلا ينفع حتى يقولوا : وأشهدنا على ذلك .

فيمن تصدق بنخل وادعى ثمرها أو استثناه لنفسه

قال مالك : ومن تصدق على رجل بحائط فيه ثمرة ، فزعم أنه لم يتصدق عليه بالثمرة، فإن كانت الثمرة يوم الصدقة لم تؤبر ، فهى للمعطى .

وإن كانت مأبورة ، فهى للمعطى كالبيع ، ويقبل وله ، وكذلك الهبة ، ورب الحائط مصدق .

قال ابن القاسم : ولا يمين عليه في ذلك .

قلت : وكيف حيازة النخل وربها يسقيها لمكان ثمرته .

فقال : إن خلاً بينه وبين الثمرة يسقيها كانت حيازة .

قال ابن المواز : ويقبض الموهوب له النخل ، ويكون سقيها على الواهب في ماله لمكان ثمرته ويتولى الموهوب بسقيها لمكان حيازته .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك لو استثنى الواهب ثمرها لنفسه عشر سنين ، فإن أسلم النخل إلى الموهوب يسقيها بماء الواهب ويدفع إليه ثمرها كل سنة، فذلك حوز .

وإذا كان الموهوب يسقيها بمائة والثمرة للواهب ، لم يجز لأنه كأنه قال له : اسقها عشر سنين ثم هى لك ، ولا يدرى أتعلم النخل إلى ذلك الأجل أم لا ، ولقد قال لى مالك فيمن دفع إلى رجل فرسًا يغزو عليه سنتين أو ثلاثة ، وينفق عليه المدفوع إليه الفرس من عنده ثم هو للمدفوع إليه بعد الأجل ، فاشترط عليه ألا يتبعه قبل الأجل أنه لا خير فيه ، وبلغنى عنه أنه قال : أرأيت إن مات الفرس قبل الأجل أتذهب نفقته باطلاً ، فهذا غرر ، فهذا يدلك على مسألتك في النخل .

وأما إن كانت النخل بيد الواهب يسقيها ويقوم عليه ، ولم يخرجها من يده ، فهذا إنما هب نخله بعد عشر سنين ، فذلك جائز للموهوب إن سلمت النخل إلى ذلك الأجل ولم يمت ربها ولا لحقه دين ، فله أخذها بعد الأجل .

وإن مات ربها أو لحقه دين ، فلا حق له فيها ، وقد تقدمت هذه موعبة في «كتاب الحبس» . وبالله التوفيق .

في صدقة البكر وذات الزوج

قال مالك : وإذا تزوجت الجارية البكر ولم يدخل بها زوجها ، فلا تجوز صدقتها ولا عتقها في ثلث ولا غيره حتى يدخل بها زوجها وتكون رشيدة ، فذلك لها حينئذ يكون في ثلثها ، وليس بعد الدخول حد مؤقت ، يجوز صنيعها إليه ، وإنما حله الدخول إذا كانت مصلحة .

محمد : قال ابن عبد الحكم في البكر البائع عليها ولى : لا يجوز كل ما تصنع في مالها ، وإن لم يول عليها فجائز ما صنعت [ق / ١٢١ / ٨ب] من بيع وشراء، فأما عتق أو صدقة أو عطية فلا .

وكذلك قال أبو زيد والحارث وسحنون : يجوز صنيعها كله ما لم يول عليها بولاية ولى .

ومن « المدونة » : قال ربيعة : كل امرأة أعطت وهى في سترها ، فلها الخيار بعد أن يبرز وجهها بين رد ما أعطت أو إمضائه فينفذ .

ومن « العتبية » : روى أشهب عن مالك في البكر تتصدق على أبويها ثم تتزوج ويدخل بها زوجها فتقوم في ذلك ، فذلك رد ولها أخذه .

قال ابن نافع : ولو أقامت بعد البناء سنتين أو أكثر ثم قامت وقال : لم أكن أعلم أنه لا يلزمنى فلها رد ذلك وتحلف .

محمد : قال مالك : للبكر أن ترد ما صنعت قبل أن يبنى بها زوجها .

ولو أجاز الزوج ما صنعت قبل البناء بها لم تجز إجازته . ولو ماتت البكر ولم ير وليها ما صنعت أو لم يعلم ، فلورثتها رد ما أعطت ، كما يكون لها لو وليت نفسها ، ما لم تجزه بعد أن تلى نفسها أو تتركه بما يعلم أنه رضا .

م : ولو مات العبد الذى أعتقت لم يورث إلا بالرق ، ولا يرث هو الأحرار أيضًا .

تم «كتاب الصدقة» ، والحمد لله وحده ، وصلواته على محمد نبيه وآله وصحبه وسلم.يتلوه « كتاب الهبة » [ق / ١٢٢/ ٨ب] .



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الهبة والهبات

ما يلزم من الهبة والعِدة وما لا يلزم

قال النبى ﷺ : « **العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه** » .

قال ربيعة : ومن قال : اشهدوا أن لفلان فى مالى صدقة مائة دينار ، لزمه ذلك إن حملها ماله وإلا لم يتبع بما عجز به ورأى ابن شهاب أن من وهب لرجل من عطائه وكتب له بذلك كتابًا ، فلا رجوع له فيما أعطاه .

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « **من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فليس لصاحبها أن يرجع فيها** » .

فصل

ومن « **المدونة** » : قال : إذا وهب ذمى إلى ذمى هبة فلم يدفعها حتى بدا له ، فذلك له لأنها عطية لم تحز .

وقد قال غير واحد من العلماء ممن يؤخذ بقوله : إن ذلك لا يقضى به بين المسلمين فيما لم يخر، فكيف بأهل الذمة ؟ !

قال ابن القاسم : ولو كان أحدهما مسلماً لقضى على المعطى بدفعها للمعطى.

وكان أشهب يضعف صدقة النصرانى وإن كانت على مسلم إن كان من أهل العنوة ، وإن رجع فيها قبل أن تحاز عنه فذلك له .

فصل

ومن « كتاب محمد » قال مالك فى السائل يقف بالباب فيؤمر له بكسرة أو بالدرهم فيوجد قد ذهب، فأرى أن تعطى لغيره وما هو بالواجب ، ومن خرج إلى مسكين بشىء فلم يقبله فليعطه لغيره ، وهو أشد من الأول ، ومن سأل رجلاً شيئًا، فوعده إلى غد فيأتيه فلا يجده ، فإن أراد بذلك وجه الله تعالى فليقصده ، وكذلك لو سأله بعض أقاربه بِصِلَةٍ فوعده ، ثم ذهب إليه فلم يجده ، فأحب إلىَّ أن ينفذه

إلى غيره وليس بواجب.

فصل

قال مالك : ومن قال لمديان أو غيره : أنا أسلفك، أنا أعيرك ، أنا أهبك ، فلا يلزمه وقد رغب عن مكارم الأخلاق ، ولا أدرى كيف ذلك فيما بينه وبين الله تعالى.

قال ابن القاسم : ومن أدخله بوعد فى لازم، فذلك الوعد يلزم كقوله بع عبدك من فلان ، أو زوجه ابنتك والثمن أو الصداق علىَّ فذلك عليه دون فلان فى الحياة والممات.

قال مالك : يلزمه إذا أشهد ، إلا أن يموت المعطى قبل القبض فيبطل إلا أن يضمنها لمن وجد أو باع منه .

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم ومن قال لرجل : احلف لى أنك ما شتمتنى ولك كذا هبة منى ، فحلف له ، قال : تلزمه الهبة .

سحنون : والذى يلزم من العِدَة فى السلف والعارية أن يقول رجل لرجل : اهدم دارك وأنا أسلفك ، أو اخرج إلى الحج . [ق/ ٢/ ٩ب] أو اشتر دار كذا ، أو تزوج وأنا أسلفك ، وشبه هذا مما يدخله فيه بوعد فهذه العِدَة التى تلزم.

وأما إن قال له : أنا أسلفك ، أنا أهبك ، أنا أعطيك لغير شىء ألزمه المأمور نفسه بأمر الآمر ، فلا يلزمه ، وقال نحوه أصبغ .

قال أصبغ : إذا قال له : إنى أريد النكاح فأسلفنى مائة دينار إلى أجل كذا ، فقال: أنا أسلفك فانكح، فنكح فإنه يقضى عليه بالسلف ، ولو لم ينكح حتى قال له : لا تنكح فقد بدا لى ، فقال: لا رجوع له فى ذلك نكح أم لا ، ويلزم السلف بالحكم إذا شاء النكاح .

وكذلك لو سألك عارية دابتك أن يركبها فى غد إلى حاجة كذا ، فأنعمت له بذلك لم يكن لك ذلك ويقضى عليك بعاريته .

وكذلك لو قال لك : أسلفنى مائة دينار فإنى أريد شراء جارية فلان أو دابة فلان أو سلعة ، فأنعمت له فليس لك الرجوع فى ذلك ، وسواء ذكر فى هذا كله للمال أجلاً أو لم يذكره .

فإن لم يذكر الأجل فقلت : أنا أخذه منك حالاً ، فليس ذلك لك حتى تنتفع به ، ويمضى لذلك قدر ما يرى أن مثله يتسلف إلى مثل ذلك الأجل ، وينظر إلى حال المستلف ، إن كان غنياً يقدر على رد ذلك فى مثل الأجل القريب اجتهد فى ذلك السلطان بقدر ما يرى من حال الرجلين .

قال : وإنما ألزمته مثل هذا وإن لم يدخله بوعده فى أمر ، لأنه روى عن النبى عليه السلام أنه قال : « **ولى المؤمن واجب** » وقضى به عمر بن عبد العزيز فى قوم وعدوا من أعطياتهم ثم نكصوا.

قال أصبغ : والعِدَة التى لا يحكم بها أن يقول لك : أعرنى دابتك ، أو أسلفنى كذا ، بغير سببٍ يذكره من حاجة نزلت به أو نكاح أو قضاء دين، فوعدته بذلك لا يلزمك .

وفى « كتاب الحمالة » و « المديان » و « الخلع » شىء من هذا . . . .

فيمن وهب من مال ولده شيئاً مشاعًا أو مجهولاً أو دينًا ، وفى موت الموهوب قبل القبض .

قال ابن القاسم : ومن وهب شيئًا من مال ولده الصغير لغير ثواب لم يجز، وترد الهبة إن كانت قائمة ، فإن فاتت ضمنها الأب .

ومن تصدق على رجل أو وهبه نصفًا له فى دار أو عبد ، فذلك جائز ، كما يجوز بيع ذلك ويحل المعطى محل المعطى فيه ، فيكون ذلك حوزاً .

قال ابن المواز : ولا أعلم من أنكر هبة المشاع إلا بعض أهل المشرق ، وما لكراهيتهم لذلك وجه ولا حجة .

ومن تصدقت عليه بنصف عبدك فالحوز فيه أن يخدمك يومًا ويخدمه يومًا ، أو عشرة أيام وعشرة أيام ، فإن مت فهو حوز تام ، كان العبد حينئذ بيد المعطى أو المعطى .

وإن كان عبد الغلة وأجراه جميعًا واقتسما الغلة ، فأما إن تصدق بشقص له فى عبد فلا يجوز أن يبقى بيد المتصدق منه شىء، ولكن يكون جميعه إما بيد الشريك وإما بيد المعطى أو بأيديهما.

قال: وإن أسلم مصابته وترك مصابة شريكه بطلت صدقته ، إلا أن يخرج عنها

ومنه ومن « العتبية » : قال ابن القاسم : ومن تصدق على رجل بموروثه من قرية مشاعاً ، فعمل المعطى فى القرية وعمَّر بقدر حصة المعطى ثم هلك المعطى، فاقتسم إخوته بعد موته ، فصار للمعطى مثل ما لكل أخ ، فقال ورثة المعطى : إنك لم تحز.

قال ابن القاسم وابن وهب : إنَّ عمله حيازة ، لأنه إنما أسلم إليهم حقه بما أسلموا إليه من حقوقهم ، فهو حيازة .

وقال ابن القاسم فى امرأة تصدقت على رجل بموروثها من دار مشاع ، فبنى فى ناحية منها وسكن فيها : بلا مقاسمة حتى ماتت المرأة ، فهذه الصدقة رد إلا أن يكون شركاء صالحون يرتفقون هم بناحية وهو بناحية ، فيكون ذلك حيازة .

قال أصبغ : إلا الموضع الذى بنى فيه وحازه ، فإن حصة المعطى من عرصة ذلك البنيان له ، وذلك فيه حيازة ، وهذه مثل الأولى الذى سلم إليهم حقه بما سلموا إليه .

قال ابن المواز : أما إن لم يكن بقى للمرأة فيها حق فهى حيازة ، لأنها خرجت منها وانقطع الذى لها ، وإن بقى لها فيها شىء فكما قال ابن القاسم .

وهذا على مذهب أشهب إن قبض الغاصب قبض ، لأنه إنما يراعى زوال الهبة من يد الواهب .

وقال ابن القاسم فى «الكتابين» فيمن تصدق بسهم له فى أرض فيعمد المعطى إلى قدر حق المعطى منها فيعمره أو أقل منه بمحضر الباقين أو فى غيبتهم ، وهم مستغنون عنها أو ضعفوا عن عملها ؟

قال : لا يكون له إلا نصيبه فيما عمَّر وعمل .

م : لأنهم سلموا ذلك له بما سلم إليهم.

قال يحيى عن ابن القاسم : إذا تصدق بعض الورثة بناحية بعينها من الأرض كلها على رجل قبل قسمتهم.

قال : تقسم الأرض كلها ، فإن وقع للمتصدق تلك الناحية كانت للمعطى، وإن وقع له غيرها بطلت الصدقة وليس عليه أن يعوضه .

وإن وقع له بعضها كان ذلك البعض للمعطى.

وإن قال المعطى : أقاسمكم هذه الأرض التى أعطانيها بعينها، وهى تحمل القسم دون سائر أرض القرية ورضى ذلك الورثة .

قال : ينظر ، فإن كانت في كرمها أو ذاتها لا تضاف إلى سائر الأرض قسمت وحدها ، فيأخذ المعطى منها حصة المعطى فيها، وإن كانت تضاف إلى غيرها فى القسم فيما يوجبه الحكم بين الورثة قسم الجميع وكان الحكم كما ذكرنا أولاً .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن وهب لرجل عشرة أقساط من دهن جلجلانى هذا ، جاز ذلك لأن مالك أجاز ذلك .

لأن مالك أجاز أن يهب له ثمرة حائطه قابلاً فهبته من الجلجلان أجوز ، ويلزم الواهب عصره.

وفى « كتاب ابن المواز » إن عصر عليهما بالحصاص على ما يخرج ، فإن لم يخرج إلا عشرة [ق /٣/ ٩ب] أقساط فالعصر على المعطى.

م : وما فى « المدونة » أولى، لأنه إنما وهبه دهناً فالعصر عليه حتى يصير دهنًا.

قال فى « المدونة » : فإن قال له : أنا أعطيك من غيره ، فيتماثل مكيلة قريته، لم يعجبنى لأنى أخاف أن يدخله طعام بطعام مستأخر ، ولعل ذلك الجلجلان الذى وهب له من زيته يتلف قبل أن يعصره فيكون قد أعطاه زيته باطلاً.

فصل

قال مالك : ومن وهب لرجل مورثه من فلان ، ولا يدرى كم هو ربع أو خمس أو سدس ، فذلك جائز .

قال ابن القاسم : وكذلك إن وهبه نصيبه من هذه الدار ولا يدرى كم هى ، فهو جائز .

ويجوز أن تهبه نصيبه من جدار ، وإن وهبه نصيبه من دار ولم يسمه قيل للواهب: سَمِّ ما شئت مما يكون نصيبًا .

ومن « العتبية » : قال أصبغ : عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بما ورث عن أبيه وأشهد له ، وقبل ذلك منه ، ثم بدا للمعطى ، وقال : كنت لا أدرى ما

أرث نصفاً أو ربعًا ، ولا عدد الدنانير والرقيق ، ولا مبلغ الأرض والشجر ، فلما تبين لى مبلغه استكثرته ، وكنت أظنه أقل من ذلك ، قال: إن كان تبين ما قال أنه لم يكن يعرف بيسر أبيه ولا فره لغيبية كانت عنه حلف ما ظن ذلك ، ويكون القول قوله ، وإن كان عارفًا بأبيه ويسره جاز ذلك عليه وإن لم يعلم قدر ذلك ومبلغه.

قال أبو محمد : وأعرف لابن القاسم فى غير موضع أن هبة المجهول جائزة وإن ظهر له أنها كثيرة .

وقال محمد بن عبد الحكم: هبة المجهول جائزة وإن ظهر له أنها كثيرة بعد ذلك .

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بما يرث من أبيه إذا مات.

قال : لا يجوز ذلك ولا يقضى به عليه وهو لا يدرى ما هو يقل أو يكثر، فلا أدرى ما هذا ، وكذلك عنه فى « الواضحة » .

ومن « العتبية » : قال أصبغ فى الرجل يتصدق بميراثه يقول : تصدقت عليك بميراثى ، أو : بجميع ميراثى وهو كذا من البقر والرمك والرقيق والعروض والدور، إلا الأرض البيضاء ، وفى التركة جنان لم يذكرها أو غير ذلك ، هل يكون له ما نص وما لم ينص إلا ما استثنى ؟

قال : أرى له كل شىء إلا ما استثنى أو كان يعرفه ، كان جنانًا أو غيره.

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم: وإن وهبت دينك لأحد ورثة غريمك كان له دونهم، وإن وهبت هبة لحر أو عبد ، فلم يقبض ذلك حتى مات الموهوب ، فلورثة الحر أو سيد العبد قبضها ، وليس لك أن تمتنع من ذلك ، وقد تقدم إيعاب هذا.

فيمن وهب عبداً مديانًا أو بعد أن جنى أو بعد أن باعه أو وهبه أو آجره أو أخدمه أو أعاره أو أودعه ، كان بيد غاصب أو وكيل وفى هبة الذمى وهبة الوديعة والدين والثمار وما تلد الأمهات والحوز فى ذلك كله.

قال ابن القاسم : ومن وهب لرجل عبدًا له مأذونًا وقد أغرقه الدين جاز ، ويجوز بيعه إياه إذا تبين أن عليه دينًا.

ومن باع عبدًا أو وهبه أو تصدق به بعد أن جنى العبد والسيد بجنايته عالم ، لم يجز إلا أن يتحمل الجناية ، فإن أبى حلف أنه ما أراد حملها ورد وكانت الجناية أولى به فى رقبته .

م : أما فى البيع فصواب ، وأما فى الهبة والصدقة فما أدرى ما يضع من ذلك، إلا أن الموهوب إن شاء أسلمه فى الجناية ولا ضرر عليه فى ذلك أو افتكه بدية الجناية إن شاء .

قال ابن القاسم : ومن باع عبده بيعًا فاسدًا ، ثم وهبه البائع لرجل آخر قبل تغيره فى سوق أو بدن ، فإن قام للموهوب له قبل أن يدخله فوت قضى له به وفسخ البيع وخير البائع على رد الثمن ، وإن فات العبد بحوالة سوق فاعلاً ، أو مات البائع فذلك باطل .

محمد : وقاله ابن القاسم وأشهب .

قال محمد : إن قام قبل أن يفوت فهذا أحق به وإن مات الواهب . وإن لم يقم حتى فات فالهبة باطلة .

قال فى « المدونة » : ولو مات الواهب قبل تغير العبد فى سوقه وقبل قبض الموهوب إياه بطلت الهبة ، ولو كان إنما وهب العبد بعد تغير سوقه لم تجز الهبة ، لأنه قد صارت الهبة للمشترى ولزمته فيه القيمة .

ولو أن البائع أعتق عبدًا قبل تغيره فى سوق أو بدن جاز عتقه وكان حرًا ويرد البائع الثمن ، لأن البيع كان بينهما مفسوخًا ما لم يفت العبد .

محمد : قاله ابن القاسم .

وقال أشهب : لا يعتق العبد إلا بعد وقوع الفسخ ، لأن ضمانه من غيره.

قال أشهب : ولو فسخ بيعه بعد عتقه لم يجز العتق إلا أن يأتنف العتق، وقول ابن القاسم أحب إلىَّ .

ومن « المدونة » : ومن رهن عبده ثم وهبه جازت الهبة ، ويقضى على الواهب بافتكاكه إن كان له مال ، وإن لم يقم الموهوب حتى افتكه الواهب ، فله أخذه ما لم يمت الواهب فتبطل الهبة ، وليس قبض المرتهن قبضًا للموهوب له إن مات الواهب، لأن للمرتهن يدا فى رقبة العبد ، بخلاف من أخدم عبده رجلاً سنين .

ثم قال بعد ذلك : هو هبة لفلان بعد الخدمة ، فقبض المخدم قبض للموهوب

له ، وهو من رأس المال إن مات الواهب قبل ذلك ، لأن المخدم لم يجب فى رقبة العبد حق ، وقال مثله أشهب فى قبض المرتهن والمخدم .

قال أشهب فى « كتاب محمد » : إلا أن يقبضه الموهوب قبل أن يحوزه المرتهن فهو أحق إن كان الواهب مليًا ويعجل له حقه ، إلا فى هبة الثواب فتنفذ الهبة بكل حال ويعجل للمرتهن حقه من الثواب كالبيع .

وإن كانت لغير ثواب فقبضها الموهوب قبل حوز المرتهن والواهب ملى ثم أعدم فليتبع بالدين وتمضى الهبة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن اغتصبه رجل [ق/ ٤/ ٩ب] عبدًا فوهبه سيده لرجل آخر والعبد بيد الغاصب ، جازت الهبة إن قبضها الموهوب قبل موت الواهب، وليس قبض الغاصب قبضًا للموهوب له .

قيل له : ولم والهبة ليست فى الواهب ؟

قال : لأن الغاصب لم يقبض للموهوب له ولا أمره الواهب بذلك ، فيجوز إذا كان غائبًا .

وكذلك من استخلف خليفة على دار له ثم تصدق بها على رجل وهى فى يد الخليفة ، لم يكن قبض الخليفة حيازة للموهوب له ولا للمتصدق عليه .

محمد: وقال أشهب : إن قبض الغاصب قبض وحيازة للموهوب .

قال محمد : وهو أحسن ، لأن قبض الغاصب ضامن فهو كدين عليه ، فيجوز إذا أشهد ، وكذلك قال سحنون : إن قبض الغاصب قبض ، وأنكر ذلك يحيى .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن آجر دابته أو عبده من رجل ، ثم وهبها لآخر ، فليس حوز المستأجر حوزًا للموهوب ، إلا أن يسلم إليه إجارة ذلك معه فيتم الحوز .

وأما العبد المخدم أو المعار إلى رجل فقبض المستعير والمخدم له قبض للموهوب، وهو من رأس المال .

محمد : وقال أشهب : إن قبض المستأجر والمستعير والمودع قبض نافذ للموهوب إذا أشهد الواهب على هبته ، مثل ما إذا أعمر رجلاً حائطًا حياته ، ثم قال بعد ذلك: هو هبة لفلان بتلاً ، فإن ذلك لفلان نافذ عاش الواهب أو مات.

محمد : وهو أحب إلىَّ .

قال محمد : وقول ابن القاسم أصوب .

قال ابن القاسم وأشهب فيه .

وفى « المدونة » : وأما لو وهبك ما قد أعاركه أو أودعكه أو أجره منك وهو بيدك ، فقولك : قد قبلت حيازة ، وإن كتب ببلد والهبة ببلد آخر .

قال ابن القاسم : وإذا وهبك وديعة له فى يدك فلم تقل : قبلت ، حتى مات الواهب فذلك لورثته .

وقال أشهب : ذلك قبض لمن كانت بيده ، لأن كونها فى يده أجوز للحوز .

قال فى « كتاب محمد » : إلا أن يقول لا أقبل .

محمد : وهو أحب إلىَّ .

قال محمد : ولو وهب الوديعة ربُها لغير المستودع وجمع بينهما وأشهد ، كانت جائزة وإن لم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب .

وقال سحنون : عن ابن القاسم فى « العتبية » إن رب الوديعة إذا أشهد بينة أنه تصدق بها على رجل ولم يأمره بقبضها ، ثم مات المتصدق قبل قبض المتصدق عليه فإن علم الذى هى عنده فتلك حيازة تامة .

وإن لم يعلم فذلك باطل ، لأنه إذا علم صار جائزًا للمعطى ، ثم ليس للمعطى أخذها ، ولو دفعها المودع إلى المعطى قبل علمه ضمنها .

ومن « المدونة » : ومن وهبك دينًا له عليك ، فقولك : قد قبلت قبض ، وإذا قبلت سقط الدين ، وإن قلت : لا أقبل بقى الدين بحاله.

محمد : وقال أشهب : هو له وإن لم يعلم به حتى مات الواهب ، وأنا أحب أن لو أعلمه .

وقد **قال مالك** فى الذى بعث بثوب أو دابة صدقة على غائب وأشهد له ، فإنه جوز وإن لم يصل حتى مات المتصدق أو المتصدق عليه .

قال فيه وفى « المدونة »: ولو كان دينه على غيرك فوهب لك ، فإن أشهد لك وجمع بينك وبين الذى عليه الدين ودفع لك ، ذكر الحق إن كان حقه بكتاب فهو

قبض وإن لم يكن كتب عليه ذكر فحق ، وأشهد لك وأحالك عليه كان ذلك قبضًا .

وكذلك إن كان أحالك به عليه فى غيبته وأشهد لك وقبضت ذكر الحق كان ذلك قبضًا ، لأن الدين هكذا يقبض إذ ليس هو بشىء بعينه.

فصل

ومن « العتبية » قال سحنون فيمن أعطى غلة كرمه أو سكنى داره لرجل سنين أو حياته ، ثم تصدق بذلك على ابنه الصغير ، فذلك جائز وحوز للابن وأنه يحسن أن يشهد أنه جعل المعمر لابنه قابضًا ، وإن لم يشهد فذلك حوز للابن .

وأحب إلىَّ أن لو كان ذلك كله فى فور واحد أن يشهد أنه منح للسكنى أو الغلة لفلان كذا وكذا سنة ، ثم الرقبة لفلان ، وهو أقوى عندى ، لأن أصحابنا اختلفوا فيها .

فإن لم يكن فى فور واحد فذلك جائز نافذ كله .

قال ابن حبيب عن ابن الماجشون : ومن منح رجلاً أرضًا حياته ، ثم تصدق بها على آخر ، فإن كان ذلك فى فور واحد منح هذا وتصدق على هذا ، فهى إذا مات رجعت للمتصدق عليه لأنها عطية محوزة يحوزها المعمر ، كالقائل : عبدى يخدم فلانًا ثم لزيد بتلاً ، فهى حيازة لزيد حتى لو قبل العبد كانت قيمته لزيد .

وأما إن تقدم الإمتاع ثم بعد ذلك تصدق بها ، فإن رجعت والمعطى حى كانت للمعطى.

وإن رجعت وقد مات المعطى أو هو مريض أو مفلس فلا شىء للمعطى .

وكذلك يقول : العبد لرجل بعد أن كان أخدمه آخر .

وقال مطرف وابن القاسم وأصبغ : ذلك كله حيازة فى الوجهين ، وبالأول أقول.

ومن « المدونة » وقد تقدم يقضى بين المسلم والذمى فى الهبات بحكم المسلمين.

وإن كانا ذميين فامتنع الواهب من دفع الهبة لم أعرض لهما ، وليس هذا من التظالم الذى أمنعهم منه .

قال ابن القاسم ، ولا بأس بهبة ما لم يبد صلاحه من زرع أو ثمر أو ما تلد

غنمه أو أمته أو ما فى ضروعها من لبن أو على ظهورها من صوف [ق/ ٥/ ٩ب] أو وبر أو ما فى شجرة من ثمر قد طاب ، والحوز فى كله حوز الأرض فى الزرع ، والشجر فى الثمار ، والأمهات فى هبة الأولاد ، وعلى الواهب تسليم ذلك كله إليه بالقضاء والسقى فيما يسقى على الموهوب .

محمد : وقاله أشهب في الصوف واللبن والثمرة والزرع .

وأما ما فى بطون الأمهات ، فالهبة جائزة ، ولا يتم الحوز إلا بعد أن تضع لا بحوز الأم، لأن العتق فيه ليس بحوز حتى يخرج ، وقد تباع الأمة قبل ذلك فى الدين يستحدث ، بخلاف الثمرة والزرع، ذلك يجوز أن يرهن ، ولا يرهن الجنين ، ويباع الأصل وتبقى له الثمرة أو الزرع ولا يكون له الجنين .

قال محمد : هذا أصوب .

وقال ابن حبيب عن أصبغ : إن قبض الأمة المعطى ، فذلك حوز ، ولدت بعد موت المعطى أو قبل ، وليس للورثة بيعها فى دين على الميت ولا إدخالها فى القسم .

فإن ولدت كان الولد للمعطى ويتقاومها هى وولدها حتى يصيرا عند واحد .

ومن « **المدونة** » قال ابن القاسم ومن أخدمه رجل عبده شهراً بقبض الغلام ، فهو قابض للخدمة أو أسكنه داره سنة فقبض الدار قبض للسكنى .

قال مالك : ومن وهب لرجل ثمرة نخله عشرين سنة أو أقل أو أكثر ، جاز ذلك إذا جاز الموهوب النخل أو جعلت على يد من يجوزها له .

قال ابن القاسم وكذلك لو وهبه ما تلد جاريته عشرين سنة ، فإن قبض الجارية وحازها أو جعلت له على يد من يحوزها له مثل النخل فذلك جائز .

وإن لم يحزها هو أو احتاز له حتى مات الواهب ، فالهبة باطلة والصدقة فى هذا والحبس والنخل بمنزلة واحدة إذا قبض فهو حائز ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة البينة لحوزها فى حبس أو رهن أو صدقة .

ولو أقر المعطى فى صحته أن المعطى قد حاز وقبض وشهدت عليه بإقراره بينة ثم مات ، لم يقبض بذلك إن أنكر ورثته أن يكون حاز حتى تعاين البينة الحوز، وقد تقدم هذا .

ومن تصدق عليه بأرض فقبضها حيازتها ، فإن كان لها وجه تحاز به من كراء بكذا ، أو حرث يحرثه ، أو غلق يغلق عليها فإن أمكنه شيء من ذلك فلم يفعله حتى مات المعطى فلا شيء للمعطى .

وإن كانت أرضًا قفاراً مما لا تحاز بغلق ولا فيها كراء تكراه ولا أتى لها إبان تزرع فيه أو تمنح أو يحوزها بوجه لعرف حتى مات المعطى وهى نافذة للمعطى ، وحوز هذه الإشهاد ، وإن كانت داراً حاضرة أو غائبة فلم يحزها حتى مات المعطى فلا شيء للمعطى فيها وإن كان لم يفرط فى قبضها ، لأن لها وجهًا فإذا لم يحزها وهي ميراث .

وإذا قلت فى الأرض الغائبة : قبلت وقبضت ، لم يكن ذلك حوزاً ، وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز .

وإن كان له فى يديك أرض أو دار أو رقيق بكذا أو عارية أو وديعة وذلك ببلد آخر فوهبك ذلك فإن قولك : قبلت ، حوز . وإن لم تقل : قبلت حتى مات الواهب ، فذلك لورثته . وقال غيره : ذلك حوز لمن ذلك فى يديه .

قلت : فى العبيد والحيوان والحلى كيف يكون قبضه ؟ قال : بالحيازة .

فيمن وهب لابنه الصغير وأجنبى ، أو لحاضر وغائب ، أو وهب لصغير وكبير، وجعل من يحوزها له ، وما تبطل به الهبة من الشروط .

قال ابن القاسم : ومن وهب عبدًا لابنه الصغير والأجنبى ، فلم يقبض الأجنبى حتى مات الواهب ، فذلك كله باطل ، كقول مالك فيمن حبس على أولاده الصغار والكبار ، فلم يقبض الكبار الحبس حتى مات الأب ، إنه يبطل كله ، لأن الكبار لم يقبضوا الحبس .

قال مالك : ولا يعرف إنفاذ الحبس للصغار هاهنا إلا بحيازة الكبار ، بخلاف ما ليس على حبس على ولده وهم صغار كلهم ، هذا إن مات كان الحبس لهم جائزاً.

قال سحنون : وروى ابن نافع وعلىّ بن زياد عن مالك فيمن تصدق على ولده الصغير مع الكبير أو أجنبى أن نصيب الصغير جائز ويبطل ما سواه ، ولو كان حبسًا بطل حبس المحبس ، لأنه لا يقنع ولا يملك أصله ، والصدقة يملكونها وتقسم بينهم، وقد حازها للصغير من يجوز حوزه ، فلذلك جاز منها نصيب الصغير .

ومن « **العتبية** » **قال سحنون** : عن ابن القاسم : وإذا قال : غلة حائطى فلان لابنى الصغير ، ولفلان منه خمسة أوسق ، وكان الحائط فى يديه يليه ويخرج منه للأجنبى خمسة أوسق حتى مات الأب ، فهى صدقة جائزة لهما .

ولو قال : غلة حائطى لفلان وللمساكين ، وكان فى يديه يخرج غلته للمساكين ولفلان حتى مات ، فذلك باطل .

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم . عن مالك : ومن وهب لحاضر وغائب أرضًا، فقبض الحاضر جميعها فقبضه حوز للغائب حتى مات وإن لم يعلم ولا وكله. وكذلك إن وهب لغائب [ق /٦/ ٩ب] أو تصدق عليه بشىء وأخرجه من يده وجعل من يحوز له ، فذلك نافذ .

قال يحيى : ويدل على جواز ذلك أن أحباس السلف كان قابضها يجوز قبضه على الغائب والحاضر ، الكبير المالك لأمره وعلى الصغير ، وعلى من يولد بعد وهب لصغير هبة وجعل من يحوزها له إلى أن يبلغ فرضى حاله فيدفع إليه ويشهد له بذلك ، فذلك حوز ، كان له أب أو وصى حاضر أو لم يكن ، فإذا بلغ فله أن يقبض وأما إن وهب لحاضر غير سفيه ولا صغير هبة وجعلها على غيره وأمره أن لا يدفعها إليه ، لم تكن هذه حيازة ، لأن الموهوب له قبلها وهو حاضر مرضى فلم يسلمها إليه .

وإنما يجوز مثل هذا إذا حبس الأصل وجعل الغلة له واستخلف من يجريها عليه.

قلت: فما الفرق بين الصغير إذا كان له أب وبين الكبير إذا وهب وجعلها على يدى غيره ؟

قال : إنما جازت للصغير لخوف أن يأكلها الأب ويفسدها فيحوزها له من جعلت على يديه إلى أن يبلغ الصغير ويقبضها .

وأما الكبير المرضى فعلى أى وجه حازها هذا له أو إلى أى أجل يدفعها إليه، فلذلك لم يجز إلا أن يكون على وجه الحبس يجرى عطاء غلتها ، فهذا فرق ما بينهما.

ولقد **قال مالك** فى من وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب : إن هذه

الهبة لا تجوز .

قيل لمالك : فالأب فى ابنه إذا اشترط هذا الشرط ؟

فقال : لا يجوز إلا أن يكون صغيرًا أو سفيهاً فيشترط ذلك عليه ما دام فى ولاية فيجوز .

وإن شرط ذلك عليه بعد زوال الولاية لم يجز ، كان ولدًا للواهب أو أجنبيًا.

قال فى «العتبية » فى الذى يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب ، قال : لا تجوز الهبة والصدقة على هذا ويقال له : إما بتلها وإلا فخذ صدقتك .

قال مالك : إلا فى السفيه والصغير يشترط ذلك عليه قبل البلوغ والرشد ، فذلك جائز .

محمد : وقاله ابن القاسم .

وروى أشهب عن مالك أنه قال : أراها بتلاً وأراها صدقة ضعيفة .

قال أشهب : هى حبس عليه وعلى عقبه ، فإذا انقرضوا رجعت حبسًا على أقرب الناس بالمعطى يوم المرجع .

وقال سحنون : مثله فى « العتبية » .

قال سحنون عن ابن القاسم : ومن تصدق بشىء على رجل ويقول : إن أردت بيعه فأنا أحق .

قال : ليست هذه الصدقة بشىء .

وقال ابن وهب عن مالك : إنه جائز ، لأنه ليس ببيع .

وروى أشهب عن مالك فيمن تصدق على رجل بعبد بتلاً على أنك إن مت أنت فالعبد إلىَّ رد ، وإن مت أنا فهو لك بتلاً ، فمات المعطى أولاً فإن العبد يرجع إلى المعطى .

قال يحيى بن يحيى : عن ابن القاسم : فيمن أعطاه أخوه منزلاً وشرط مثل ذلك، ثم مات المعطى أولاً .

قال : ذلك مثل الوصية تكون للمعطى من الثلث ، حيزت أو لم تحز .

قال أصبغ : وليس للمعطى أن يبيعها ولا يحولها عن حولها ، فإن مات المعطى

أولاً رجعت إلى المعطى كالعمرى .

وإن مات المعطى أولاً يمضى كالوصية تكون من الثلث ولا تكون كالوصية فى الرجوع فيها .

قال ابن القاسم فيمن قال لابنه : إن ضمنت عنى الخمسين الدينار التى لفلان علىَّ فدارى صدقة عليك .

قال : لا صدقة عليه ، وللابن أن يرجع عن الضمان .

وقال فيمن قالت لزوجها : إن حملتنى إلى أهلى فمهرى عليك صدقة ، وكانت مريضة فوضعته على هذا ، ثم بدا له أن يحملها ، فخرجت هى من غير إذنه فسارت إلى أهلها ، فإن خرجت مبادرة لتقطع ما جعلت لزوجها فلا شىء عليه .

وأما إن بدا له أن يسير بها ، وعرف ذلك ، رجعت عليه بما وضعت عنه .

قال أبو محمد: يريد : إن كانت بنيته على هذا ، على رجل بجارية على أن يتخذها أم ولد ، فلا يحل له وطؤها على هذا .

وإن وطئها فحملت فهى له أم ولد ولا قيمة عليه ، لأنه اتخذها كما شرط وليس كالتحليل فى القيمة ، لأن المحلل لم يعطه الرقبة والمتصدق قد أعطاه رقبتها .

وإن لم تحمل فهى للواطئ ولا ترد الصدقة لأنه على الوطء وطلب الولد أعطياه، وقد طلب الولد بالوطء ، ولا قيمة عليه حملت أو لم تحمل .

وعمن قال لابنه : أصلح نفسك وتعلم القرآن ولك قريتى فلانة ، فيصلح نفسه ويتعلم القرآن ، ثم يموت الأب وهو لم يبلغ الحوز والمنزل فى يد أبيه ، فليس ذلك بنافذ إذا كان إنما هو قول هكذا ، وأخاف أن يكون ذلك منه على وجه التحريض ، إلا أن يكون حقق ذلك بالإشهاد يشهد قومًا أنه إن قرأ القرآن فقد تصدق عليه بقريته أو بعبده ، فذلك جائز إذا كان صغيراً فى ولايته ويكون حوزاً له .

ابن حبيب : قال مطرف : فيمن أعطى امرأته النصرانية داره التى هو بها على أن تسلم فتسلم : إنه بمنزلة البيع لا يحتاج إلى حيازة ، وحوزها إلا [ق/ ٧/ ٩ب] الإشهاد ، وإن مات فى الدار بخلاف العطية.

وقال أصبغ : هو كالعطية ولا يتم إلا بالحيازة ، وبالأول أقول فيمن تجوز حيازته لما تصدق به من أبوين أو قريب أو أجنبى .

ومن تصدق على ابنه فبلغ ورشد فلم يحز حتى مات الأب ، والحيازة بين الزوجين فيما تواهباه ، وفيما يهبه الرجل لأم ولده .

وقضى عثمان وغيره فيمن نحل ابنه الصغير نحلة أن له أن يلى ذلك له ويحوزه.

قال مالك : يليه بوجه النظر له والتوفير عليه ، وكذلك من يولى عليه من بالغ أو بكر .

قال مالك : ولا تكون الأم حائزة لمن تصدقت أو وهبت لصغار بنيها وإن أشهدت ، بخلاف الأب إلا أن تكون وصية الأب أو وصية وصيه فيتم حوزها لهم **محمد** : قال ابن القاسم وأشهب فى اليتيم : إن لم تكن الأم وصية له ، فلا حيازة لها بما تصدقت على الولد ، والسلطان يحوز لهم أو من يليه أو تخرجه الأم من يدها إلى يد غيرها فيتم ذلك لهم وإن كانت وصية جازت حيازتهم عليهم .

قالا : ولا تجوز الأم ولا غيرها صدقة على ابن أو غيره إلا أن تكون وصية من أب أو وصى .

ورواه أشهب عن مالك .

وقال ابن حبيب : عن مطرف وابن الماجشون : حيازة الأم على اليتيم الصغير حيازة فيما وهبته أو وهبه له أجنبى .

وكذلك من ولى يتيمًا على وجه الحسبة من الأجنبى ، أو على وجه القرابة من القريب ، فحيازته له حيازة فيما وهبه هو أو غيره وإن كان إنما ابتدؤوا ولايته من يوم الصدقة ، فذلك باطل .

وقاله ابن نافع وأصبغ ، وأبى ذلك ابن القاسم فيهما إلا أن يكونا وصيين .

ومن «العتبية» : روى يحيى بن يحيى عن ابن وهب أنه سئل عمن تصدق على يتيم له صغير فى حجره ، هل يكون حيازته له حيازة ؟

قال : لا تكون له حيازته له فيما أعطاه حيازة إلا الأب والوصى والأم ، وإن لم تكن وصية والأجداد كالأب والجدات كالأم وإذا كان فى حجر أحد من هؤلاء .

وأما غيرهم فلا يحوز إلا أن يبين الرجل يلبى للصغير .

وقال لى ابن القاسم : لا تجوز حيازة أحد فيما تصدق له إلا الأب أو الوصى أو

وصى الوصى ولا تجوز له إلا من يزوجه أو يبارى عنه أو يشترى له أو يبيع ، ولا تجوز حيازة الأم عليه ما وهبت له إلا أن تكون وصية ، وكذلك سائر القرابات وذوى الأرحام .

قال مالك: فى امرأة نحلت ابنًا لها صغيرًا غلامًا لها ، وللصبى مال بيد أبيه أو وصيه، والغلام معها ، فإن كان للغلة والخراج فليس ذلك بحوز حتى يحوزه الأب أو الوصى ، وإن كان لخدمة الصبى ليكون معه وهو مع أمه فذلك .

قال أصبغ : فى امرأة تصدقت بدارها على ولدها الصغير والأب ساكن بها معها حتى ماتت الأم ، أو تتصدق بها على ابنها بسكنه أو يسكنه إياها ، ثم ماتت .

قال : الصدقة جائزة إذا مكنت الأب فى صدقة الصغار من الدار حتى أن لو شاء أن يخرجها فعل ولكن أقرها تسكن معه .

فأما إن لم يكن قبض معروف له ولا للكبير فهى باطلة وتكن لك لو تصدقت بها على الزوج نفسه وأمكنته ، فسكنها كما كانا فهو حوز .

قال ابن القاسم : وهى حوز ، لأن عليه أن يسكنها حيث شاء ، فقد صارت له وأسكنها وصدقتها عليه تعرف من صدقة عليها بالمنزل الذى هما فيه ، فإن كان هو المتصدق فلم يخرجه منها فليست بحيازة .

ومن «المدونة» **قال مالك** : وما وهبت الأم لابنتها البكر وقد حاضت وليس لها أب ، والأم وصيتها وهى فى حجرها فهى جائزة وكذلك الوصى .

قال : وما دامت البكر فى بيت أبيها وإن حاضت وهى مريضة فالأب يحوز لها صدقة نفسه .

قال ابن القاسم : وإن دخلت بيتها وحسنت حالها وحاز أمرها ولم تقبض صدقتها حتى مات الأب فلا شىء لها .

وإن كانت بحال سفه جاز ذلك لها ، لقوله تعالى : ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾ [سورة النساء :٦] .

وبلوغ النكاح الاحتلام والحيض ، فقد منعهم الله تعالى أموالهم مع الأوصياء بعد البلوغ إلا بالرشد ، فكيف مع الأبناء الذين هم أملك بهم من الأوصياء، وإنما الأوصياء بسبب الآباء.

قال : وإن كانت سفيهة فى عقلها ومالها فدخلت على زوجها وقد طمثت أم لا، وولدت الأولاد فتصدق عليها الأب بصدقة ، فهو الحائز لها حتى يؤنس منها الرشد بعد الدخول فتنقطع حيازة الأب عنها.

ومن « كتاب ابن المواز » **قال مالك** : فى البكر يحوز لها أبوها وإن عنست وقال أيضًا : إلا أن تكون عنست ورضيت .

وقال ابن عبد الحكم : يحوز لها أبوها ما لم تبلغ التعنيس الكثير كالخمسين سنة أو الستين ، فهذه تحوز [ق/ ٨/ ٩ب] لنفسها ، فلا شىء لها ولا يزوجها أبوها إلا برضاها ، فإن فعل بغير رضاها أجزته ولم أفسخه ، وقاله أصبغ عن ابن القاسم.

وقال ابن القاسم : عن مالك : تجوز حياته لها وإن رضى حالها وجاوزت الثلاثين .

قال ابن القاسم : ما لم تعنس جداً فتبلغ الستين ونحوها ، فإن لم تحز لنفسها فلا شىء لها .

ومن « المدونة » : وإن وهب الأب لولده الصغار وأشهد لهم ، فهو الحائز عليهم ، فإن بلغوا ورشدوا فلم يقبضوا صدقتهم حتى مات الأب فلا شىء لهم، وما داموا بحال السفه وإن بلغوا فحوز أبيهم لهم حوز ، لأنهم بمنزلة الصغار.

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم فى غلام فى حجر أبيه لا يعرف بصلاح ولا بفساد ، تصدق عليه أبوه بحداثة احتلامه ، وأشهد له بذلك ، فلم يقبض صدقته حتى مات الأب بعد شهرين أو ثلاثة ، فحوز أبيه له حوز ، وليس احتلامه يخرجه من ولايته حتى تُرضى حاله ويشهد العدول على صلاح أمره .

وقال: قال مالك : يحوز الأب على ابنه المحتلم إذا كان فى حجره وولايته حتى

يؤنس منه الرشد.

ومن « كتاب محمد » : قال ابن القاسم : ومن تصدق على ابنه الصغير بصدقة وأشهد أنه دفعها إلى فلان يحوزها له من أخ أو أجنبى فلم يقبضها حتى مات الأب أو فلس ، فهى باطلة وإن كانت بيد الأب ، لأنه جعل غيره الحائز ، ولم يسلمها إليه ولم يبقيها على حيازة الأب ، ولو لم ينسب الحيازة إلى أحد كانت نافذة بحوز الأب .

ولو حبس حبسًا على صغار بنيه ودفع ذلك إلى عبده أو أم ولده تحوزها لهم، فلم يرى ابن الماجشون ذلك حوز ، لأنهما تحت حكمه وسلطانه حتى حيازته لهم .

وقال محمد : بل هى حيازة تامة ، ومن يقوم له غير مالكيه .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم ومن وهب لابنه الصغير العبد هبة وأشهد له ، لم يكن الأب حائزًا له، لأن سيده يحوز ماله دون أبيه ولا تكون صدقة مقبوضة إلا أن تزول من يد معطيها ، إلا أن يكون والدًا أو وصيًا لمن يليان عليه.

وهذا الأب لا يلى على ولده العبد فلذلك لم يكن حائزًا له صدقة نفسه .

قال ابن القاسم : وإذا أخرج الهبة والد الصبى العبد فجعلها بيد أجنبى يحوز للصبى جاز ذلك حوزًا ، رضى بذلك سيده أو كره .

فصل

ومن تزوج جارية بكرًا وقد طمثت ، أو لم تطمث ، فتصدق عليها بشىء أو وهبه لها قبل البناء بها أو بعد وهى سفيهة أو مجنونة جنونًا مطبقًا ، وأشهد على ذلك ولم يخرجه من يده ، فلا يكون الزوج حائزًا لها ألا يخرج ذلك من يده ويجعله فى يد من يحوزه لها .

ولا يكون المتصدق حائزا إلا أب أو وصى لمن فى ولايته ، والزوج لا يحوز أمره على امرأته ولا بيعه لمالها وأبوه الحائز لها .

وإن دخل بها زوجها ، ما دامت سفيهة أو فى حال لا يجوز لها أمره .

ومن « كتاب محمد » و « العتبية » : قال ابن القاسم عن مالك فيمن تصدق على امرأته بخادمة وهى معه فى البيت فكانت تخدمها بحال ما كانت ، فذلك

جائز .

قال سحنون فى « العتبية » : وكذلك لو وهبها إياها فهو حوز .

وقال أشهب : عن مالك فى الكتابيين : إذا أشهد لها بهذه الخادم فتكون عندهما كما كانت فى خدمتهما ، أو وهبت هى له خادمها فكانت على ذلك ، أو متاعًا فى البيت فأقام ذلك على حاله بأيديهما فهى ضعيفة .

قال ابن المواز : وقال لى ابن عبد الحكم عن ابن القاسم وأشهب : إن ذلك فيما تواهبا جائز وهى حيازة ، وكذلك متاع البيت وبه أقول .

محمد : قال ابن القاسم : وليس كذلك المسكن الذى هما به يتصدق هو به عليها فأقام فيه حتى مات فإن ذلك ميراث ، ولو قامت عليه فى صحته قضى لها أصبغ : يعنى أن يسكنها غيرها حتى تحوز المسكن .

قال ابن القاسم : وأما لو تصدقت هى عليه بالمنزل وهما فيه ، فذلك حوز لأن عليه أن يسكن زوجته ، فسكناه بها فيه حوز ، وقد تقدم هذا.

ومن « العتبية » : قال سحنون فيمن تصدق على زوجته فى مرضه بمائة دينار فقبضتها، ثم ماتت قبله ، فإن حملها ثلثه فهى حيازة تورث عنها ويقضى بها دينها.

قال عيسى : عن ابن القاسم فى امرأة تصدقت بمهرها على زوجها وأعطته كتابها فقبله ، ثم سخط بعد أيام فرد عليها الكتاب فقبلته بشهادة بينة ، ثم توفى الرجل فلا شىء لها بمنزلة عطية لم تقبض ، وكذلك لو منت به عليه فحرر عليه لها كتابًا يكون حالاً أو إلى موته ، فإن لم تقبضه فى صحته فهو باطل.

فصل

قال يحيى بن يحيى : عن ابن القاسم فيمن تصدق على أم ولده بخادم أو آنية أو ما أشبه ذلك مما لا يزايلها حيث اتصل بها سيدها ، فالإشهاد والإعلان بالصدقة حوز ، وذلك أنها لا تقدر على حوزها بأكثر من ذلك ، وحالها فى ذلك كحال الحرة فيما يتصدق به عليها زوجها ، وأما لو تصدق عليها [ق /٩/ ٩ب] بالعبد يخارج والدار تسكن والمزرعة والشجر وما هو بائن عنها وقبضه يمكن ، فعليها أن تحوزه بقبض خراج العبد أو خراج السيد من الدار وتعمير المزرعة أو تكريها الشجر ونحو هذا مما يحاز به العبيد والعقار .

قال : وأما الحلى والثيـاب فالقبض فيها اللبس ، والعـارية وشبه ذلك مما تصنعه المرأة بمتاعها إذا عرف ذلك من صنعها به ، وإلا فلا شيء لها.

قال أصبغ : والإشهـاد حوز إن كان ذلك فى يديهـا ، وإن لم يعرف لبس ولا عارية.

قال مالك : ومن كسـا أم ولده أو حلاها، ثم مات فـذلك لها إذا كان يشبـهه ويشبه ماله ، ولو ادعت متاع البيت كلفـت البينة ، وإن كان من متاع النساء بخلاف الحرة .

وأما مـا كان من اللحـاف والفراش والحلى والثـياب التى على ظهـرها ، فذلك لها.

قال ابن حبيب : عن مطرف وابن الماجشون فيمن تصدق على أم ولده فى صحته بالأعطيات الكثيرة وصـيرها فى يديها ، فذلك بقدر ما يشبه لو قـرب ملى ما يعطيها الكثير من الحلى والثياب ، فينفذ ذلك.

وأما القليل الوفر يسرف بما لا يعطيه مثله لمثلها ، فهذا يرى أنه . . . فيرد منه ما جاوز عطية مثله بمثلها ، ويمضى ما لا يكون من مثله سرفًا ، وسواء كانت العطية فى فترة واحدة أو شيئا بعد شيء .

وقال أصبغ : إن كانت العطية فى مرة واحدة فلترد كلها كزيادة ذات الزوج على ثلثها .

وإن كانت شيئاً بعد شيء مـضى ما لا سرف فيه ، ورد الآخر الذى يرى أنه . . إليها.

قال ابن حبيب : ويقول مطرف وابن الماجشون وبه أقول .

جامع القول فى الاعتصار

قال النبى ﷺ : « **العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه** » (١) ، وروى أنه قال: « **لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد** » (٢) .

قال مالك : فكل صدقة فلا اعتصار فيها للأبوين ، وأما الهبة والعطية والعمرى والنحل فلها الاعتصار في ذلك .

وأما الحبس فإن كان بمعنى الصدقة لم يعتصر ، وإن كان بمعنى الهبة يكون سكنًا أو عمرى فإنه يعتصر .

قال محمد : يريد إذا حبس عليه وعلى عصبـه لم يعصر ، لأنه يصير من ولد الولد .

قال محمد : وإن كانت العمرى بمعنى الصدقة لم يعتصر.

ومن « **المدونة** » : **قـال مـالك** : وللأم أن تعـتصـر مـا وهبت إن نحلت لولدها الصغار فى حياة أبيهم ما لم يستحدثوا دينًا قال عمر بن عبد العزيز : أو يموتوا .

قال ابن القاسم : وكذلك إن وهبت لولدها الكبار هبة فلما أن تـقتصر قال : ما لم يستحدثوا دينًا أو ينكحوا أو يحدثوا فيها حدثًا .

ابن حبيب : وقال ابن دينار : إذا أنكح الذكـر لم يقطع نكاحه الاعتـصار وأما الأنثى فنكاحها يقطع العصرة ، لأن الذكر دخل .

ومن «المدونة» : **قال مالك** : وما وهبت أو نحلت لولدها الصـغار ولا أب لهم فليس لها أن تعتصر ، لأنه يتيم ولا يعتصر من يتيم ولا يعدد ذلك كالصدقة عليه.

وإن وهبتهم وهم لا أب لهم ، ثم بلغوا ولم يحدثوا فى الهـبة شيئًا ، فليس لها أن تعتصر هبتها ، لأنها وهبت لهم وهم يتامى وهى بمنزلة الصدقة .

قال محـمد : فإن وهبت لولدها الصغيـر فبلغ قبل أن يموت الأب ثم مات أبوه كان للأم أن تعتصر ما وهبته .

---

(١) تقدم .

(٢) تقدم .

فأما إن مات الأب قبل بلوغ الولد ثم كبر الولد ، فليس للأم أن تعتصر ، لأن بموت الأب قبل البلوغ انقطع الاعتصار ، فلا يعود بعد ذلك .

قال : وإذا وهبت الأم لأولادها اليتامى إلا أنهم مياسير .

فقال أشهب : لها أن تعتصر كما تعتصر من الكبار .

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون فى هبة الأم للولد فى حياة الأب : أنه إن قبضها الأب ، فلا تعتصر ، لأنها لا تعتصر ما صارت ولايته لغيرها .

ولو أعطت ابنها الذى ليس فى ولاية الأب فلا تعتصره .

م : وهذا خلاف فى الوجهين .

قال : ويعتصر الأب ما أعطاه ، لأن أصل العصرة للأب ، وما أعطت لابنها الصغير بعد موت أبيه وهو فى ولاية وصى ، فجاز له العطية فلا تعتصرها ، وهو كالأب ، ولو كانت الأم على الصبى كان لها أن تعتصر ، كان له أب أو لم يكن .

وقال **ابن القاسم** ومطرف : عن مالك : لا يعتصر من يتيم ، وقاله ابن القاسم وأصبغ ، وبه أقول .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : ولو وهبتهم والأب مجنون جنونًا مطبقًا فهى كالصحيح فى وجوب الاعتصار لها .

قال مالك : وللأب أن يعتصر ما وهب أو نحل لبنيه الصغار والكبار وإن لم يكن للصغار أم ، لأن اليتيم إنما هو من قبل الأب ما لم ينكحوا أو يستحدثوا دينًا .

محمد : لأنه إنما أنكح لغنائه وكما أعطى ، وعليه داينه الناس وكذلك يرغب فى الابنة ويوقع من صداقها ، فلذلك منع الاعتصار ، وذلك إن كانت الهبة كثيرة مما يراد فى الصداق من أجلها ، فأما الثوب ونحوه فلا .

قال ابن القاسم : وكذلك إن وهب لأولاده الصغار ثم بلغوا فله أن يعتصر هبته [ق/ ١٠ /٩ب] ما لم ينكحوا أو يحدثوا حدثًا أو تتغير الهبة عن حالها .

وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن نحل ابنه أو ابنته ثم نكحا على ذلك فلا رجوع له ، وإن نحلها بعد النكاح فذلك جائز له ما لم يتداينا أو يموتا .

ومن «العتبية» : روى عيسى عن ابن القاسم : فيمن نحل ابنته نحلة فتزوجها

رجل على ذلك ، ثم مات أو طلقها فقد انقطع الاعتصار فى النكاح ، فلا يعود بنى بها أو لم يبن .

وكذلك من نكح من الذكور والإناث أو داين ثم زال الدين أو زالت العصمة ، فلا اعتصار .

قال يحيى بن عمر : وأما إن مرض الأب أو الابن فلا اعتصار فى مرض أحدهما، فإن زال المرض فله أن يعتصر ، بخلاف النكاح والدين ، لأنه لم يعامل عليه فى المرض .

وقال سحنون مثله فى الأب ، قال : ولا يشبه المعتصر المعتصر منه فى ذلك .

وقال أصبغ : إذا امتنع الاعتصار بمرض أحدهما أو بنكاح الولد أو بدين ثم زال المرض والدين والنكاح فلا اعتصار ، وإذا زالت العصرة يومًا فلا تعود .

وقاله ابن حبيب عن مالك ، قال : وقال المغيرة : إذا صح المعطي والمعطى رجعت العصرة ، كما تنطلق يده فى ماله فيما كان ممنوعًا منه .

محمد : وإذا وهب أبوه أو أمه بعد تزويجه فله أن يعتصر ما لم يتداين الولد أو تنفوا الهبة أو يطأها إن كانت أمة فيفوت الاعتصار ، وإن لم تكن بكرًا أو لم تحمل، قاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب .

وقال المخزومى : لا يفيت الوطء الاعتصار .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون : قال : وتوقف الجارية ، فإن استمرت حاملاً فلا عصرة له ، وبه أقول .

وقال ابن القاسم : لا عصرة بعد الوطء ، ويصدق الابن فى دعواه الوطء .

قال يحيى بن عمر ـ رحمه الله ـ : وذلك إذا غاب عليها الولد .

قال مالك فى «المدونة» : إذا نحل ابنه الكبير أمة فوطئها الابن لم يكن للأب اعتصارها .

قال أصبغ فى «العتبية» : إذا وهبه والابن متزوج أو مديان أو مريض ، فله أن يعتصر فى تلك الحال حتى يحول إلى غيره ، وكذلك عنه فى «كتاب ابن حبيب» .

قال ابن حبيب : وقال ابن الماجشون : ليس له أن يعتصر كما لو تقدمت العطية

هذه الحوادث .

وفى «المدونة» : وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن نحل ابنه بعد أن نكح ، أن للأب أن يعتصر ذلك .

قال عيسى : عن ابن القاسم فى الابن البائن التاجر وهو ذو مال ولا يولى عليه يهبه أبوه لم يتزوج ويعلم الناس أنه لم يتزوج لتلك الهبة .

قال : فليعتصر منه إلا أن يأتى من ذلك من زيادة لليسر بها ما لم يعلم أنه لم يتزوج نكح لذلك .

فأما أن ينحله عبدًا ثمن عشرين دينار وهو رب ألف دينار ، فليعتصر من هذا إذا تزوج ، وكذلك بما يشبه هذا مما يعلم أنه لم ينكح لذلك .

ابن حبيب : إذا كانت قليلة لا يرى أن من أجلها ادان أو تزوج لقلتها فله أن يعتصر .

ورواه مطرف عن مالك وقال به ، وقاله أصبغ ، وبه أقول .

وقال ابن الماجشون : عن مالك : ذلك يمنع الاعتصار ، وهو قد قوى بها .

قال سحنون فيمن نحل ابنه الصغير دنانير جعلها له بيد رجل ، ثم صاغها له حليًا ، فليس له اعتصار لأنه قد غيره عن حاله ، كما لو اشترى له بها جارية ثم أراد اعتصارها .

وكذلك روى ابن وهب عن مالك قال سحنون : ومن وهب لابنه هبة يريد بها الصلة ، فلا يجوز أن يعتصرها منه ، كان الابن صغيرًا أو كبيرًا لأنها كالصدقة ، وذلك مثل أن يكون ابنه أو ابنته محتاجين ، وإنما يعتصر منه إذا كان الابن فى حجره أو بائنًا عنه وله أموال كثيرة .

قال ابن الماجشون : إذا وهب لولده لله عز وجل أو لوجه الله أو لطلب الآخرة أو لصلة رحم ، فلا يعتصر هذا ، وإنما يعتصر إذا وهب أو نحل نحلة مرسلة ولم يقل : صلة رحم ، ولا لوجه الله ، ولا لطلب الثواب من الله ـ سبحانه ، فهذا يعتصر ، وقاله أصبغ .

ومن «المدونة» : قال ربيعة ومالك : ولا يعتصر الأب صدقته على ابنه وإن عقه .

قال ربيعة : ولا يعتصر الولد من الوالد .

قلت : فهل يجوز لغير الأبوين من جد أو جدة أو عم أو عمة أو خال أو خالة أو غيرهم اعتصار هبتهم ؟

قال : لا يجوز الاعتصار فى قول مالك إلا للوالد والوالدة ، ولا يجوز لأحد غيرهم .

محمد : **قال مالك** : وللأم من الاعتصار ما للأب ، واختلف قوله فى الجد والجدة ؛ فروى عنه ابن وهب أنه لا يعتصر وهو لا تلزمه النفقة ويرث معه الإخوة ، ولا يكون بيده بضع بنات الابن .

وروى عنه أشهب أن الجد والجدة يعتصران كالأبوين ، وقاله ابن عبد الحكم .

قال : وقد قيل : إن ليس لأحد أن يعتصر إلا الأبوان ، ولا ثواب للأبوين فيما ليس لهما أن يعتصراه ، وما كان له اعتصاره فأثابه الابن منه ، فليس له فيه اعتصار وهو كالبيع ، وكذلك إن أثابه غيره .

قال : وإذا تمت الهبة فى بدنها فلا اعتصار للأب .

وإذا أنقصت فى هبة الأجنبى ، فقال أشهب : للأجنبى الواهب [ق/ ١١/ ٩ب] أخذها بنقصها كما للوهوب له ردها بزيادتها .

وقال ابن القاسم : قد وجبت القيمة ولا ترد إلا باجتماعهما ، وللأب أن يعتصر فى حوالة الأسواق ، وذلك فى الأجنبى فوت يوجب القيمة ، وليس للأب إذا ادان دينًا أن يعتصر ولا لغرمائه أخذ ذلك منه .

وإن مرض الأب فلا اعتصار له ، وإن مرض الابن فلا أدرى .

فى هبة الثواب وقبضها بغير أمر الواهب ، وهى لثواب أو غيره ، وما لا ثواب فيه من الهبات

وفى حديث عمر : « **ومن وهب هبة يرى أنها للثواب ، فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض منها** » (١) .

وقد جرى غير وجه من الأحكام أن المتعارف كالمشترط ، والهبة للثواب كالبيع فى أكثر الحالات .

وإن لم يسم العوض عند الهبة ، أجازه العلماء على ما روى عن عمر وغيره ، وخالفت البيع فى هذا كخلاف نكاح التفويض لنكاح التسمية ، وكلاهما نكاح فيه عوض ولا بأس باشتراط الثواب عند الهبة وإن لم يصفه .

وأبى ذلك عبد الملك إذا اشترط الثواب ، وبعد ذلك يأتى بالحجة فيه .

فصل

قال مالك : ومن وهب لرجل هبة لغير ثواب ، فقبضها الموهوب بغير أمر الواهب جاز قبضه ، إذ يقضى على الواهب بذلك إذا منعه إياها .

فأما هبة الثواب فللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع ، ولو قبضها الموهوب قبل الثواب وقف ، فإما أثابه أو ردها ، ويتلوم لها تلومًا لا يضر بهما فيه.

وإن مات الواهب للثواب والهبة بيده فهى نافذة كالبيع ، وللموهوب قبضها إن دفع العوض للورثة .

وإن مات الموهوب قبل أن يثيب الواهب فلورثته فى الهبة ما كان له ، وعليهم من الثواب ما كان عليه .

فصل

قال مالك : ولا ثواب فى هبة الدنانير والدرهم ، وإن وهبها فقير لغنى ، وما علمته من عمل الناس .

---

(١) تقدم .

ابن القاسم : إلا أن يشترط الثواب يثاب عرضًا أو طعامًا .

قال فى «كتاب ابن المواز» : فإن اشترط فى ذلك الثواب فهى هبة مردودة ، وقاله أشهب .

قال محمد : إنما لم يكن فى العين ثواب ، لأن العين هى الأثمان المرجوع بالقيمة إليها ، وكأنها بيعت بما لا يعرف من أصناف العروض .

قال فيه وفى «العتبية» : ولا ثواب فى ذهب ولا فضة غير مسكوك ، ولا فى التبر والسبائك والنقار والحلى المكسور .

قال فيه وفى «المدونة» : وأجاز مالك هبة الحلى المصنوع للثواب والعوض عليه يعاوض عروضًا .

قال فى «كتاب محمد» : أو يعاوض عن الذهب ورقًا وعن الورق ذهبًا .

قال محمد : لا يجوز هذا بحال .

وكذلك فى « المدونة » : لا يعارض من ذلك عينًا ولا ذهبًا أو فضة .

قال مالك : وإذا قدم غنى من سفره فأهدى له جاره الفقير الفواكه والرطب وشبهه ، ثم قام يطلب الثواب ، وقال : إنما أهديت إليه رجاء أن يكسونى أو يصنع بى خيرًا ، فلا شىء فيه لغنى أو فقير .

قال ابن القاسم : ولا له أخذ هديته وإن كانت قائمة بعينها .

محمد : وقاله كله أشهب أيضًا .

قال أبو محمد : وذكر أبو بكر بن محمد أن بعض أصحابنا يرى له أخذها ما لم تفت.

محمد : وأما القمح والشعير يوهب للثواب ، ففيه الثواب .

فصل

ومن «المدونة» : ولا يقضى بين الزوجين بالثواب فى الهبة ، ولا بين ولد ووالده إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم ، مثل أن تكون للزوجة جارية فارهة يطلبها منها زوجها وهو موسر ، فأعطته إياها تريد بذلك استغزار صلته وعطيته .

وكذلك الرجل يهب لامرأته ، والابن لأبيه مما يرى أنه أراد بذلك استغزار ما

عند أبيه ، فإذا كان مثل ذلك ما يرى النـاس أنه وجه ما طلبه ، ففى ذلك الثواب ، وإن أثابه وإلا رجع كل واحد منهما فى هبته .

فإن لم يكن وجه ما ذكرنا فلا ثواب بينهما .

وقال ربيـعة : ما أعطى أحد الزوجين لصـاحبه من عطية أو صدقـة بتلاً ، فلا ثواب بينهـما ولا لأحـدهما أن يرجع فـيما أعـطى صاحبـه ، إلا أن يشتـرطا ثوابًا فيلزمهما ، وقاله مالك .

قال ابن الـقاسم : وما وهـبت لقرابتك أو ذوى رحـمك وعلم أنك أردت ثوابًا فذلك لك إن أبى قول ، وإلا رجعت فيها .

ومـا علم أنه ليس لثـواب كصلتك لفـقيـرهم وأنت غنى ، فـلا ثواب لك ولا تصدق أنك أردته ، ولا رجعة لك فى هبتك .

وكذلك هبة غـنى لأجنبى فقير ، أو فقـير لفقيـر ، ثم يدعى أنه أراد الثواب لم يصدق ، إلا أن يشترط ذلك ولا رجعة له فى هبته .

وأما إن وهب فقير لغنى ، أو غنى لغنى فهو مصدق أنه أراد الثواب ، فإن أثابوه وإلا رجع فى هبته .

محمد : قال أشهب : إلا مـا وهب [ق/ ١٢/ ٩ب] ذو سلطان لغنى ، فلا ثواب له ، إذ لا يعلم ذلك من السلاطين .

فيما له أن يرجع فيه من هبة الثواب أم لا

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « من وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب، فهى على هبته يرجع فيها إن لم يثب منها بما يرضيه ، فإن هلكت فله شراؤها بعد أن يحلف بالله ما وهبه إلا رجاء أن يثيبه عليها » .

قال ابن حبيب : قال مطرف فى هبة الثواب : إذا أثابه قبل فوتها القيمة أو أكثر، فالواهب مخير فى قبول ذلك أو ردها على ظاهر الحديث الذى ذكرناه عن عمر فى قوله : «فهو على هبته إن لم يرض منها » إلا أن تفوت بموت أو وطء وإن لم تحمل وشبه ذلك ولا قيمتها زيادة سوق ولا نقصانه ، ولا زيادة بدن ولا نقصه .

وقال ابن الماجشون : إذا أثابه القيمة فلا حجة له وإن لم تفت ، وهو معنى حديث عمر لقوله : ما لم يرض منها » ، فجعل رضاه بيد الموهوب فإذا أثابه القيمة فلا حجة له ، وكذلك **قال ابن القاسم** وروى أن النماء والنقص فوت .

ومن «المدونة» : ومن وهب عبدًا لرجلين ، فعوضه أحدهما من حصته فله الرجوع فى حصة الآخر إن لم يعوضه ، كقول مالك فيمن باع عبدًا من رجلين فى صفقته ، فنقده أحدهما حصته من الثمن وفلس الآخر: إن بائعه أحق بنصيب الآخر من الغرماء ، إلا أن يدفعوا إليه حصته من الثمن وإذا عوض الواهب أجنبى عن الموهوب بغير أمره ، ثم أراد أن يرجع على الواهب فى عوضه لم يكن له ذلك ، ولكن لو رأى أنه أراد ثوبًا من الموهوب رجع بقيمة المعوض ، يريد يرجع عليه بالأقل من قيمة الهبة أو قيمة العوض ، إلا أن يكون العوض دنانير أو دراهم فلا يرجع عليه بشىء ، إلا أن يريد به سلفًا فله اتباعه بذلك ، وإن لم يرد ثوابًا ولا سلفًا بذلك ، فلا شىء له .

قال محمد : وإن أثاب عنه قبل تغير الهبة خير الموهوب ، فإن شاء رد الهبة على الموهوب ورجع المثيب بما أثاب على من أعطاه ، وإن شاء حبس الهبة ودفع إلى المثيب الأقل من قيمة الهبة أو العوض .

ما جاء فى تغيير الهبة وما يفيتها

ومن «**المدونة**» : و«كتاب محمد» : **قال مالك** : الأمر المجتمع عليه عندنا فى هبة الثواب تتغير عند الموهوب له فى بدنها بزيادة أو نقص فقد لزمته قيمتها يوم قبضها .

محمد : وقال مرة أخرى : يوم وهبها .

قال محمد : والصواب يوم قبضها ، لأنه كان فى قبضها بالخيار .

قال : وإذا أراد ردها وقد زادت عنده فى بدنها وأبى الواهب إلا القيمة .

فقال ابن القاسم : ذلك للواهب إلا أن يجتمعا على ردها ، وهو قول مالك ومحمد .

وبعد معرفتهما بما لزمه من القيمة رجع .

محمد : فقال جائز إذا أرضيا بردها وإن لم يعرفا القيمة ، لأنها هبة مؤتنفة إلا أن يوجبها له على قيمتها ، فلا يجوز .

وقال أشهب : للموهوب له ردها فى الزيادة ، وإنما معنى قول مالك عندى أنه ليس ذلك للموهوب فى النقص ، ولا للواهب فى الزيادة ، ورواه ابن وهب عن مالك .

وقال سحنون : وكذلك يلزم فى الاعتصار على اختلافهما .

ومن «**المدونة**» : **قال ابن القاسم** : ولا يفيت الهبة عند الموهوب حوالة الأسواق بخلاف البيع الفاسد .

وقال ابن المواز : وحوالة الأسواق بزيادة أو نقص فوت عند ابن القاسم وأشهب، إلا أن ذلك عند أشهب كحوالة البدن وأن للموهوب ردها فى زيادة السوق ما لم تنقص فى البدن ، أو فى زيادة البدن ما لم تنقص فى السوق .

وابن القاسم لا يرى ذلك إلا أن يجتمعا .

قال : وتباع عليه فيما لزمه من القيمة ، وإن فلس فربها أحق بها كالبيع ، زادت أو نقصت إلا أن يعطيه الغرماء قيمتها ، أو يسقطها إذا فاتت ويحاص بالقيمة .

قال ابن القاسم : والفوت فيها كالفوت فى البيع الفاسد فى العروض والحيوان والرباع .

وبعد هذا باب فيه تمام ما يفيت الهبة .

ما يجوز من العوض فى هبة الثواب

قال محمد : ولما كانت الهبة للثواب كالبيع فى أكثر الحالات كان لها حكمة فيها يحل ويحرم ومن عوضها .

قال ابن القاسم : ومن وهبك حنطة فلا خير فى أن تعوضه منها بعد ذلك حنطة أو تمرًا أو غيره من مكيل الطعام أو موزونه إلا أن تعوضه قبل التفرق طعامًا من طعام، فإنه يجوز ، لأن هبة الثواب بيع من البيوع عند مالك إلا أن يعوضه مثل طعامه وصفته وكيله وجودته [ق / ١٣/ ٩ب] فلا بأس به .

قال سحنون : هذا لا يمكن وإنما محله محل الصرف .

قال ابن القاسم : ولا يعوضه دقيقًا من حنطة ، وإن وهبه حنطة فطحنها وعوضه من دقيقها لم يجز ، لأن من باع حنطة فلا يأخذ فى ثمنها دقيقًا ، كان مثل كيلها أم لا.

قال مالك : ومن وهبك حليًا فلا تعوضه منه إلا عروضًا ولا تعوض من حلى فضة ذهبًا ولا ما لا يجوز أن تسلم فيه الهبة .

وإن وهبك ثيابًا فسطاطية فعوضته عليها بعد ذلك ثيابًا فسطاطية أكثر منها ، لم تجز إلا أن يكون مثلها سواء .

وإن وهبك دارًا جاز أن تعوضه قبل تغير الهبة سكنى دار أخرى أو خدمة عبد أو دينًا لك قد حل أو يحل ، وذلك كبيع السلعة وهى حاضرة بذلك .

وإن تغيرت الهبة لم يجز أن يعوضك سكنى دار أو خدمة عبد لفسخك ما وجب لك من القيمة حالاً فيما لا تتعجله من حلا فيها .

وأما الدين فلا بأس أن يعوضه إياه إن كان مثل القيمة فى العين والوزن ومثل العدد فأقل ، حل الدين أو لم يحل ، لأنها حوالة ومعروف صنعته بالموهوب أو أبرأت ذمته وتحولت بالقيمة فى ذمة غيره .

وقد **قال مالك** : أفسخ ما حل من دينك فيما حل وفيما لم يحل ، يريد على غير غريمك إذا فسختها فى مثل دينك من عين أو عرض صفة ومقدارًا .

وإن كان الدين المؤجل أكثر من قيمة الهبة لم يجز لأنه أخره بزيادة ، ولو لم

تتغير الهبة جاز ذلك .

محمد : وأجاز أشهب العوض بالدين ، مثل قول ابن القاسم وأجازه فى السكنى والخدمة .

وروى عن مالك : أنه أجاز أن تكرى دارًا بدين لك على رجل وأما بدين لك على ربها فلا يجوز ، وأجازه أشهب .

قال : لأنه قد قبض الدار فلا يدخله الدين بالدين ، ولم يأخذ به محمد .

قال فيه وفى «المدونة» : وإن عوضه عرضًا له على رجل مؤجل لم يجز ، لأنه يفسخ القيمة فى عرض مؤجل ، فهذا بيع ، ولو لم تتغير الهبة إلا بحوالة السوق جاز العوض بالعرض المؤجل ، وكأنه باعها بذلك إن كانت مما يجوز أن تسلم فى ذلك العرض .

م : وهذا قوله : إن ليس حوالة السوق فيها فوتًا .

ومن كتاب ابن المواز قال : وإذا وهبته دارًا أو عبدًا أو دابة ، فأراد أن يعوضك عبدًا أو عرضًا مثل القيمة فأكثر ، فليس له ذلك إلا برضاك ، فاتت الهبة أو لم تفت ولا يثيبك إلا القيمة من الدنانير أو الدراهم .

قال أبو محمد : وهذا الذى **قال ابن المواز** قول أشهب .

وقال سحنون : لا أقول به ، وكل ما أثابه مما فيه القيمة لزمه ، وهو مذهبه فى «المدونة» .

قال ابن المواز : فإن رضى بقبول غير العين نظر ، فإن فاتت الهبة جاز قبوله بما يجوز أن تسلم الهبة به يدًا بيد .

فإن أبى قيل له : إما أثبته بالعين وإلا رددت الهبة ، فإن أثابه بالعين مثل القيمة فلا حجة للواهب ورد الهبة .

ما يحل وما يحرم من الحوالة ومن بيع الدين

قال مالك : ومن لك عليه دراهم حالة فـأحالك على دنانير له على رجل وهى كصرف دراهمك ، وقد حلت أو لم تحل لم يجز .

وكذلك لو فسخت دراهمك فى طعام ولم تقبضه .

وإن كان لك عليه عرض من بيع أو قرض قد حل فلا بأس أن تفسخه فى عرض له على رجل آخـر من بيع أو قرض إذا كـان مـثل عرضك الذى لك عليـه ، وهذا محمل الدنانير والدراهم.

وإن كان العرض الذى يحـيلك به على غريمه مخالفًا لـلعرض الذى لك عليه لم يجز ، لأنه دين بدين .

وإن كان لك عليه طعـام من قرض قد حل فأحالـك على طعام له من قرض ، حل أو لم يحل جاز كالعين .

وإن أحالـك على طعام له من سلم لم يحـل لم يجز ، لأنه يدخله بيع الطـعام قبل قبضه ، وإن حل أجل الطعامين جاز .

وكذلك إن كـان الذى لك عليه من سـلم والذى له من قرض قـد حلا ، ثم لا بأس فى الوجهين أن يؤخر المحال من أحيل عليه .

وأشهب يجيزه إذا حل المحال به كالعرضين .

قال ابن القاسم : وإن كان الطعام الذى لك عليه من سلم فلا يجوز أن يحيلك على طعام له من سلم وإن حلا .

فصل

قال مالك : وكل دين لك من عين أو عرض فلا تبعـه من غريمك قبل محله أو بعد إلا بثمن تتعجله ولا تؤخره .

فإن كان دينك دنانير أو دراهم بعته بعرض ، وإن كان عرضًا بعته بعين أو عرض يخالفه نقدًا .

قال مالك : وهذا إذا كان الذى عليه الدين حاضرًا مقرًا .

وإن كان الذى لك عليه ثوب فسطاطى من بيع أو قرض إلى أجل ، فبعته من غيره قبل الأجل بثوب مثله فى صفته نقدًا أو أحلته به فليس ببيع ، ولكنه قضاك عن الرجل على أن أحلته عليه .

وإن كان النفع لك جاز ، وإن اغتر هو بذلك نفع نفسه لسوق يرجوها ونحوه ، لم يجز .

وإن بعته من غيره أيضًا قبل الأجل بثوب مثله إلى أجل ، لم يجز ، لأنه دين بدين .

وإن كان دينك دنانير فعجلها لك رجل على أن أحلته على غريمك إلى أجل ، لم يجز كان النفع هاهنا له أو لك دونه .

وكذلك بلغنى عن مالك أنه قال : بيع الذهب بالذهب إلى أجل .

قال سحنون : وقد **قال ابن القاسم** : لا بأس بهذا إذا كانت المنفعة لقابض الدنانير وهو سهل إن شاء الله .

وهذا عندى أحسن ، وقد تقدم معانى أكثر هذا الباب فى «كتاب البيوع» [ق/ ١٤/ ٩ب] .

فى المأذون يهب أو يوهب وفى الأب يهب من مال ولده

قال ابن القاسم : وللمأذون له أن يهب للثواب كالبيع ، ويقضى عليه أن يعوض من وهبه .

ومن وهب لعبد مأذون هبة فأخذها منه سيده قضى على العبد بقيمتها فى ماله.

قال محمد عن أشهب : وسواء علم السيد أنها هبة للثواب أو لم يعلم .

وإن كان العبد غير مأذون لم يكن قبوله قبولاً إلا أن يأخذها منه سيده وهو يعلم أنها هبة للثواب ، فيكون كمن أذن له فى ذلك ، ويلزم قيمتها فى ماله .

وإن لم يعلم السيد والهبة بحالها لم توطأ ولا نقصت ، خير السيد بين أن يردها أو يؤدى قيمتها بعد الهبة من مال نفسه .

وإن وطئها السيد أو نقصت لزم العبد قيمتها فى ماله .

فصل

قال ابن القاسم : وللأب أن يهب من مال ولده الصغير للثواب ويعوض عنه فى الهبة للثواب ، لأن هذا كله بيع ، وبيع الأب جائز على ابنه الصغير .

ومن «كتاب الشفعة» : وإن تصدق الأب من مال ابنه الصغير أو وهب لغير ثواب أو حابى فى بيع أو عوض أخذه له من هبة الثواب رد ذلك كله ولم يجز منه شىء ، لأنه إنما يجوز بيعه له بمعنى النظر ، وهذ بخلاف عتقه عبد ابنه ، فهو إن كان مليًا مضى عتقه وضمن له القيمة ، وإن كان عديمًا رد ، وقد تقدم شىء من هذا.

فيمن وجد عيبًا فى هبة الثواب أو فى عوضها أو استحق ذلك

قال ابن المواز : وليس فى هبة الثواب عهدة السنة ولا اشتراط البراءة ، وهو فى الثواب أخف إذا كان بعد فوات الهبة .

وقال عبد الملك : لا تكون هبة الثواب بشرط أهبك على الثواب .

وقد قال عمر بن الخطاب : «من وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب» .

قال عبد الملك : فلو شددها أحد بالشرط لم يحل ، لأن الثمن فيها غير مسمى فيصير كبائع سلعة بالقيمة ، وقاله عنه ابن حبيب .

قال : **وقال أصبغ** ذلك جائز فى الوجهين ، وبالأول أقول .

قال أبو محمد : وقول أصبغ هو قول ابن القاسم فى «المدونة» ، وهو أولى ، لأن هبة الثواب كالبيع .

وقد جاءت الرخصة من السلف رضى الله عنهم ـ فى ترك تسمية عوضها ، وهما وإن لم يشترطا الثواب فقد تعارفا أنه المقصود فيها والعرف كالشرط .

ومن «المدونة» : **قال ابن القاسم** : وإذا وجد الموهوب بالهبة عيبًا فله ردها وأخذ العوض ، يريد إن لم تفت .

وإن فاتت بحوالة سوق فاعلاً وهو عرض أو حيوان فعليه قيمته .

وإن وجد الواهب بالعرض عيبًا ، فإن كان عيبًا فاسدًا لا يتعاوض الناس بمثله كالجذام والبرص فله رده وأخذ الهبة إن لم تفت إلا أن يعوضه مثل قيمتها .

فإن لم يكن العيب فادحًا نظر إلى قيمة العرض بالعيب ، فإن كان كقيمة الهبة فأكثر لم يحسب له غيره ، لأن ما زاده أولاً على قيمة الهبة تطوع غير لازم .

وإن كان قيمة العوض معيبًا أقل من قيمة الهبة ، فإن أتم له الموهوب قيمة الهبة برئ ، وليس للواهب أن يرد العوض إلا أن يأبى الموهوب له أن يتم له قيمة هبته ، لأن الموهوب لو أعطاه الواهب وهو يعلم بعيبه ولم يكن عيبًا مفسدًا وقيمته كقيمة الهبة لو لم يكن للواهب أن يرده عليه ، ويلزمه أخذه .

وكذلك كلما عوضه من عرض أو عين فيه وفاء بقيمة الهبة وكانت العروض التى عوضها مما يثيبها الناس فيما بينهم ، فذلك لازم قبوله ولا سبيل له على الهبة .

وإن عوضه تبنًا أو حصبًا لم يلزمه ، إذ ليس ذلك مما يتعاوض الناس بينهم .

محمد : وإن استحقت الهبة رجع فى العوض ، فإن فات بحوالة سوق أو بدى أخذ قيمته ، إلا أن يكون طعامًا يكال أو يوزن فيرجع بمثله ، قاله ابن القاسم وأشهب .

وكذلك إن وجد بالقيمة عيبًا فردها قال : وإذا وجد بالهبة عيبًا ولم تفت ردها بحوالة سوق ، أو نقص أو زيادة فى بدن رد ويرجع فى عوضه ، كما ذكرنا فى فوته أو غير فوته ، وإنما ذلك بمنزلة بيع السلعة بالسلعة .

وأما لو وجد بالعوض عيبًا فله رده وإن حال سوقه ، ويأخذ هبته إلا أن تفوت بحوالة سوق فاعلاً .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون فى العوض المعيب مثل قيمة الهبة فلا يرد ، أو يكون أقل فيتم له القيمة ولا يرد .

قال أشهب : له رده كما يرد الهبة ويرد الشيء المعيب ، لأنه يرى أنه لا يقبل فى عوضه إلا بالعين ، ولأن أخذه بالعوض شراء له بالقيمة التى وجبت له .

م : وهذا أحب إلىَّ .

ومن «العتبية» : **قال أصبغ** : فإن كان العوض عينًا فاستحق أو وجد به عيب والهبة لم تفت فليرجع بمثل العين ، لأنه ثمن ما باع ، ولو كان العوض طعامًا يكال أو يوزن أو كان جزافًا [ق/ ١٥/ ٩ب] فاستحق أو رده بعيب ، فله أخذ هبته . فإن فاتت فقيمتها .

قال : وإذا فاتت الهبة قبل قبض العوض ، فلا تبالى كان العوض عينًا أو غيره إذا وجد به عيبًا أو استحق فليرجع بقيمة الهبة ، لأن القيمة قد وجبت عليه لفوات الهبة بما أعطاه من العوض فعوض عن القيمة فإذا استحق ذلك العوض رجع فى القيمة ، كما لو باع عرضًا بعين فأعطاه عن العين عرضًا ، فإذا استحق ذلك العوض فيرجع فى العين ، لأنه ثمنه .

قال أصبغ : ولو كان ما أعطاه أولاً من العوض عينًا أكثر من القيمة فاستحق لم

يلزمه الآن إلا القيمة ، ولو أعطاه عينًا أقل من القيمة فاستحق أو وجد به عيبًا فلا يرجع إلا بمثله ، كان ما أعطاه أولاً بعد فوت الهبة أو قبل .

م : لأنه إن كان أعطاك أكثر فالزيادة تطول .

وإن كان أعطاك أقل فرضيته ، ثم استحق ، فإذا أعطاك مثله لم يظلمك وكأنه لم يستحق من يدك شيء قال : ومن نكح بتفويض فأعطاها قبل البناء عرضًا أو عينًا، مثل صداق المثل ، ثم استحق ما أخذت أو وجدت به عيبًا فلترجع عليه بمثل العين أو بقيمة العرض الذى أخذت ، وتفارق الهبة فى هذا وإن كان ما أعطاها بعد أن بنى بها رجعت هاهنا بصداق المثل .

قال أصبغ : ومن وهبت له جارية للثواب فوطئها .

قال فى موضع آخر : أو حال سوقها ، ثم أصاب بها عيبًا بعد الوطء ، أن له ردها بالعيب مثل البيع ، وإن شاء تمسك بها وأدى قيمتها سليمة ، بمنزلة من ابتاع أمة فظهر على عيب بها وهى قائمة لم تفت ، فإن شاء ردها بعينها أو تمسك بها بجميع الثمن ، فالهبة كذلك إن شاء تمسك بها بالقيمة كاملة .

قلت : فإن فاتت عنده مما لا يقدر على ردها ؟

قال : هذا خلاف الأول ، فإن كان قد أدى قيمتها رجع بقيمة العيب من ذلك وصارت القيمة كالثمن فى البيع .

فإن نقصها العيب من قيمتها أو كثر فيأخذ ذلك إن كان عينًا ، وإن كان عرضا فربع قيمته .

وإن كان طعامًا يكال أو يوزن فربع ذلك كيلاً أو وزنًا فى صفته .

وإن لم يؤد قيمتها ولا عوض فيها ، فعليه ها هنا قيمتها معيبة ، لأنها لزمته وانقطع خياره فى ردها .

جامع مسائل مختلفة

قال ابن القاسم : ومن وهب شقصًا من دار للثواب ففيه الشفعة ، فإن سمى العوض فقيمة العوض إن كان مما يقوم ، أو بمثله فى المقدار والصفة إن كان عينًا أو طعامًا ، أو ما يقضى بمثله ، كانت الهبة بيد الواهب أو كان قد دفعها .

فإن كان قد وهب على عوض يرجوه ولم يسمه فلا قيام للشفيع إلا بعد العوض، وهذا فى كتاب الشفعة مذكور .

فصل

ومن وهب هبة لغير ثواب فامتنع من دفعها قضى به عليه للموهوب .

ولو خاصمه فيها الموهوب فى صحة الواهب ، ورفعت الهبة إلى السلطان ينظر فيها ، فمات الواهب قبل قبض الموهوب فإنه يقضى بها للموهوب إن عدلت ببينته ، كالمفلس يخاصمه الرجل فى عين سلعته ، فتوقف السلعة ثم يموت المفلس ، أن ربها أحق بها إن بقيت .

ولو لم يقم الموهوب فيها حتى مرض الواهب فلا شىء له إلا أن يصح ، وقد تقدم أكثر هذا .

فصل

قال مالك : ومن استعار ثوبًا وضاع عنده ، فحلف المستعير بالطلاق ثلاثًا : إن لم أغرمه ، وحلف المعير بالطلاق ثلاثًا : لا أقبل ذلك منه ، فإن أراد المستعير فيمينه ليغرمنه له ، قبله أو لم يقبله .

وإن قبل لم يرد بيمينه له أخذته شىء ، فلا يحنث إذا غرمه فلم يقبله المعير ، ولا يحنث المعير أيضًا ، لأنه لم يقبله .

وإن أراد بيمينه : ليأخذنه منى ، فإن لم يأخذه منه حنث ، ولا يجبر المعير على أخذ الغرم ويبر .

قال مالك : وإن كان ذلك من دين عليه ، فأتى بالدين فحلف صاحب الحق أن لا يأخذه ، وحلف الذى عليه الحق ليأخذنه ، فلا يحنث الذى عليه الحق ، ويجبر

رب الدين ها هنا على أخذ دينه منه ويحنث .

قال ابن القاسم : والفرق بين ذلك أن الدين لزم ذمته ، والعارية إنما يضمنها لغيبة أمرها وليست بدين ، وإنما يقضى بالقيمة لمن طلبها فى ظاهر الحكم ، وله تركها ، وقد تسقط أن لو قامت بينة بهلاكها .

بقية القول فى ما يفيت هبة الثواب ويوجب قيمتها

فوات الهبة عند الموهوب يوجب عليه قيمتها ، والفوت فيها وهى عرض أو حيوان خروجها من يده ، والهلاك وحدوث العيوب وتغير الأبدان فوت ، وليس حوالة الأسواق فوت .

وقيل : إنه فوت .

ابن القاسم : وولادة الأمة عند [ق/ ١٦ / ٩ب] الموهوب فوت ، لأنه نقص ، وزوال بياض كان بعينها أو صمم بها فوت ، لأنه نماء .

والهدم والبناء فى الدار فوت ، والغرس فى الأرض فوت يوجب القيمة ، وليس له أن يقول : أنا أقلع بنائى وشجرى وأردها ، والبيع الحرام مثله ، وإحالتها عن حالها رضى بالثوب .

محمد : وله ردها عند أشهب ، لأنها زيادة .

وقال ابن القاسم : ليس له ذلك ، لأنه قد لزمته قيمتها.

محمد : وبه أقول ، لأنه لما وجبت له الزيادة فقال : أنا أرضى بترك الزيادة وأرد ، كان كبائع ما وجب له على ما أحب المشترى أو كره ، وقاله ابن عبد الحكم .

وقال ابن وهب : قال مالك : والحرث فى الأرض فوت يوجب القيمة ، وإن وهبه ثوبًا فصبغه أو قطعه قميصًا ولم يخطه ، فذلك فوت .

وإن وهبه عبدًا فأعتقه أو كاتبه أو دبره أو وهبه أو تصدق به ، فإن كان مليًا جاز ذلك ولزمته القيمة وإن لم يكن له مال منع من ذلك كما منع صاحب البيع.

ولو وهبه بدنة فقلدها وأشعرها ولا مال له ، فللواهب أخذها، ولو ابتاعها ففعل بها ذلك فإنها ترد وتحل قلائدها وتباع على المشترى فى الثمن .

قال محمد عن ابن القاسم وأشهب إذا أعتق العبد أو قلد البدنة وأشعرها وهو عديم ، فللواهب رد ذلك إن لم يفت ، إلا أن يكون يوم فعل ذلك مليًا أو أيسر بعد ذلك فلا رد له .

قال فى « المدونة » : وبيع الأمة فوت ، وإن كانت دارًا فباعها ، ثم اشتراها فذلك فوت وإن لم تحل ، ولم يجعله فى البيع الفاسد فوتًا .

فقال غيره : إنه فوت فى البيع الفاسد .

قال محمد : إذا باعها الموهوب ثم اشتراها ولم تتغير فى بدن ولا سوق فقد لزمته قيمتها، وليس له ردها .

ولو فلس الموهوب لم يكن صاحبها أحق بها ، لأن هذا شراء حادث غير شرائه من الأول ، وبائعها الثاني أحق بها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم: ولو باع نصفها قيل له : اغرم القيمة لرب الدار ، فإن أبى خير الواهب ، فإما أخذ نصف الدار الذى بقى وضمنه نصف قيمتها، وإن شاء أسلم الدار كلها وأخذ قيمة جميعها ، وكذلك عنه فى « كتاب محمد» .

قال : وهو كقول مالك : إذا اشترى ذلك فاستحق نصفها .

قال محمد : وقد قيل أيضًا : إنه يلزمه قيمتها كلها حين باع نصفها، ولو كانت عرصة لا يضيق ما بقى منها لكان عليه قيمة ما باع يوم وهب ، وترد النصف الباقى.

قال محمد : وقول ابن القاسم أحب إلينا وأصوب إن واهبها بالخيار إن شاء أخدمه ما بقى من الدار وألزمه قيمة ما باع ، وإن شاء أخذه بقيمة الجميع إلا أن يكون الذى باع هو منها ما لا ضرر فيه .

قال فيه وفى « المدونة » : وإن كانت الهبة عبدين فباع الموهوب أحدهما وأبى أن يثيب قيمتها ، فإن كان الذى باع وجهها وفيه كثرة الثمن لزمه قيمتها.

وإن لم يكن وجه الهبة غرم قيمته يوم قبضه ورد الباقى .

قال محمد مثل ما **قال مالك** فى البيع قيمته ما بلغت ، وليس قيمته من قيمة

صاحبه ، وهو الصواب .

وقال أشهب : له أن يرد الباقي منهما كان أرفع أو أدنى ، لأنه كان له أن يردهما جميعاً ففات أحدهما ببيع أو عتق أو بزيادة أو غير ذلك فصار لا يقدر على رد الفائت منهما .

ومن « المدونة » : وإن وهبه عبدين وأثابه من أحدهما ورد عليه الآخر، فللواهب أن يأخذ العبدين ، إلا أن يثيبه منهما جميعًا لأنها صفقة واحدة.

ومن «العتبية » قال عيسى عن ابن القاسم : فيمن وهب عبدين أو ثوبين ، فقبضهما الموهوب ثم زاد السوق حتى صار أحدهما يساوى مثل قيمتهما يوم الهبة ، فعوضه به ، فلا يلزم الواهب قبوله إلا أن يشاء .

قال ابن القاسم : ولو كانت جارية فوطئها الموهوب ، فهو فوت يوجب تعجيل القيمة فإن فلس فللواهب أخذها ، إلا أن يعطيه الغرماء قيمتها يوم الهبة .

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون : إذا غاب الموهوب على الجارية الموهوبة للثواب ، فقد لزمه الثواب ، وطئها أو لم يطئها ، تغيرت أو لم تتغير ، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ .

ومن « كتاب ابن المواز » فإن جنى العبد الموهوب ؟

فقال ابن القاسم : ذلك فوت يوجب القيمة .

وقال أشهب : إن كان ذلك خطأ ففداه مكاتبه قبل أن يفوت بشيء فليس بفوت .

فإن كان عمدًا فقد فات ووجبت القيمة .

فيمن ادعى أنه ابتاع الهبة من الواهب أو حاز هبته أو أنه أثاب منها

قال ابن القاسم : ومن وهب لرجل هبة لغير ثواب ، ثم ادعى رجل أنه ابتاعها من الواهب وجاء ببينة ، فقام الموهوب يريد قبضها ، فالمبتاع أحق بها ، وذلك كقول مالك [ق /١٧ / ٩ب] فيمن حبس على ولد له صغار حبسًا ومات وعليه دين لا

يدرى أقبل الحبس أو بعده ؟

فقال البنون : قد حزناه بحوز الأب علينا.

فإن أقام ولده بينة أن الحبس كان قبل الدين ، فالحبس لهم.

وإن لم يقيموا بـينة أن الحبس كان قبل الدين بيع للغرماء وبطل حـبسهم فكذلك الهبة لغير الثواب .

وقال سحنون فى « العتبية » : البينة على أهل الدين ، والأولاد أولى بالحبس ، وقال مثله أصبغ .

قال : وسواء كانوا صغاراً أو كباراً إذا حازه الكبار ، والأب فهو الحائز للصغار.

وقال ذلك ابن الـقاسم فى الكبار إذا حـازوا ، فأمـا الصغـار فالبينة عـليهم أن الحبس عليهم قبل الدين .

وذكر ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون مثل قول سحنون .

قال : إلا أن يكون الدين مؤرخًا فإن مالكاً وأصحابه يقولون : إن المؤرخ أولى، وعلى أهل الصدقة البينة من كبير أو صغير أنها قبل الدين .

إلا المغيرة فإنه كان يسـوى بين المؤرخ وغيره ، ولا يرى الدين المؤرخ أولى حتى يعلم أنه قبل الصدقة .

وقال به أصـبغ ، وذكر عن ابن الـقاسم مثـل ما فى « المدونة » ، وأخـذ بقول مطرف وابن الماجشون .

فصل

قال ابن حبيب عنهما : ومن تصدق على ولده الصغار بدار أو أرض أو جنان أو غير ذلك ، وأشهد بذلك ثم مـات فادعى باقى الورثة أن الأب لم يحز لولده الصغار فعليهم البينة بذلك وإلا فهى على الحيازة أبدًا لهم .

ولو تصدق عـلى الكبار كان عـليهم البيـنة بحيازة الصـدقة فى صـحتـه، وقاله أصبغ.

قال : وذلك إذا أخلى الدار من سكناه بنفسه أو بعياله ، فإن جهل أن يكون كان يسكنها فهى على غير السكنى ، إلا أن يعرف قبل الصدقة سكناه فعلى الصغار البينة

أنه تخلى عن سكناها واستغلالها .

قال مطرف وأصبغ : وإذا كانت صدقته بيد المعطى بعد موت المعطى وقال : كنت حزتها فى حياته ، وقال الورثة : بل إنما حازها بعد موته ، فهى نافذة والبينة على الورثة .

وكذلك الرهن يوجد بيد المرتهن بعد الموت والفلس ، هذا إذا ثبتت الصدقة والارتهان ببينة، فالحائز مصدق أن حيازته متقدمة .

وقال ابن الماجشون : على الحائز البينة فى الصدقة والرهن أنه حازه فى حياة الذى حوزه وقبل تفليسه ، وبه أقول .

ومن « العتبية » : روى أشهب عن مالك فى الواهب يطلب الثواب فيدعى الموهوب أنه أثابه ، فإنه إن لم يأت ببينة على ذلك حلف الواهب وأخذ هبته، كان على أصل الهبة بينة أو لم تكن ، كالثمن فى البيع .

وكذلك لو قام بعد أربعة أشهر .

ما يلزم من الصدقة فى يمين أو غير يمين ، وما يقضى به من ذلك ، وما يحدث فى ماله بعد الحنث

قال مالك: ومن قال : دارى صدقة على المساكين ، أو على رجل بعينه فى يمين، فحنث لم يقبض عليه بشىء.

وإن قال ذلك فى غير يمين، وإنما بتله لله جبر السلطان إن كان لرجل بعينه.

قال فى « كتاب ابن المواز » أو للمساكين .

وقال أشهب : إنما يجبر فى هذا فيما كان بغير يمين وقد تصدق به لله عز وجل على رجل بعينه يلى خصومته لا للمساكين .

قال محمد : وما لم يجبر فيه فليخرجه كما أوجب .

قال مالك : محمد : ولا رخصة له فى تركه.

قال : وفى « المدونة » ولو قال كل ما أملكه صدقة على المساكين لم أجبر على صدقة ثلث ماله وأمر بإخراج ثلث ماله من عين أو عرض أو دين لحديث أبى لبابة.

قال فى « المدونة » : ولا شىء عليه فى أمهات أولاده ، لأنهن لا يملكن ملك

بيع ، ولا فى مدبريه لأنه لا يملك بيعهم ولا هبتهم.

وأما المكاتبون فليخرج ثلث قيمة كتابتهم ، فإن رقوا يومًا ما نظر إلى قيمة رقابهم، فإن كان ذلك أكثر من قيمة كتابتهم يوم أخرج ذلك فليخرج ثلث الفضل .

وإن لم يخرج ثلث ماله حتى ضاع ماله كله فلا شىء عليه ، فرط أو لم يفرط، لأن مالك سئل عمن قال : مالى فى سبيل الله ، فى يمين حنث بها ، فلم يخرج ثلثه حتى تلف جل ماله ؟

فقال : أرى عليه ثلث ما بقى فى يديه .

ومن «كتاب ابن المواز» : وإذا حلف بصدقة ماله فحنث ، ثم حلف ثانية فحنث.

فقال ابن القاسم وأشهب : يخرج الثلث ثم يخرج ثلث ما بقى .

واختلف قول ابن كنانة فيه ، فقال هذا وقال أيضًا : يجزئه ثلث واحدة .

قال محمد : أما إن حلف باليمين الثانية قبل أن يحنث فى الأولى ، فثلث واحد فى حنثه فيهما يجزئه .

وإن كان حنث ثم حلف فحنث فكما **قال ابن القاسم** وأشهب .

قال ابن القاسم : فإن فرط فى إخراجه حتى ذهب ماله فإنه يضمنه كالزكاة.

ولو نمى ماله لم يلزمه إخراج ثلث ما نمى بعد أن حلف وإن نقص فثلثه يوم حلف ، وقاله مالك .

وهذا خلاف ما تقدم له فى « المدونة » .

وبه أخذ سحنون ، أنه إن فرط ضمن كالمفرط فى الزكاة وغيرها.

قال محمد : [ق / ١٨/ ٩ب] وإنما عليه الأقل إذا كانت يمينه أن لا يفعل ثم حنث، فلا يلزمه ما أتلف أو أكل أو زاد أو نقص ، فإنما عليه ثلث ما معه يوم حنث، لا يحسب عليه ما نقص ولا ما زاد عليه الأقل .

ولو زاد بولادة رقيق أو حيوان أو غلاق ثمار أو غيرها، فلا شىء عليه فيه.

وما نقص بسببه أو بغير سببه قبل الحنث لم يضمنه ، ويضمن ما بقى منه بعد

الحنث مما كان يملك يوم حلف .

ولو ضاع شيء بقرب حنثه بغير تفريط لم يضمنه أيضًا ، هذا كله في يمينه أن لا يفعل .

وأما يمينه : لأفـعلن، فيلزمه فيـما ملك يوم حلف وفيمـا زاد بنماء أو ولادة أو غلة ، ويضـمن ما تلف منه قـبل حنثه لا مـا تلف بغيـر سبـبه قـال: وليس الربح كالولادة والثمرة ، لأن الغاصب له ربح المال ، ولا يكون له الولد والثمرة .

فيمن أعمر رجلاً عمرى فـى دار أو غيرهـا حياتـه، أو حبسها عليه ، أو أسكنه إياها حياته

روى أن النبى ﷺ قال : « **المسلمون على شروطهم** » [١] ، فالعمـرى على ما شرط صاحبها .

قال ابن القاسم : ومن قال لرجل : قد أعمـرتك هذه الدار حياتك ، أو قال : هذا العبـد ، أو : هذه الدابة ، جاز ذلك عند مالك ، وترجع بعـد موته إلى الذى أعمرها أو إلى ورثته .

قلت: فإن أعمر ثوبًا ؟

فقال : لم أسمع من مالك في الثياب شيئاً .

وأما الحلى فأراه بمنزلة الدور .

قال في كتاب العارية : والثياب عندى على ما أعارها عليه من الشرط .

ومن قال لرجلين : عبدى هذا حبس عليكما وهو للآخر منكما ، جاز ذلك عند مالك ، وهو للآخر منهما يبيعه ويصنع به ما شاء.

ومن قال لرجل : دارى هذه لك صدقة سكنى ، فإنما له السكنى دون رقبتها.

وإن قال له : قد أسكنتك هذه الدار وعقبك من بعدك .

أو قال : هذه الدار لك ولعقـبك ، فإنها ترجع إليه ملكًا بعد انقـراضهم . فإن مات ؟

---

(١) تقدم .

قال : أولى الناس به يوم مات ، أو إلى ورثتهم . وأما إن قال : حبس عليك وعلى عقبك ، قال مع ذلك : صدقة أو لم يقل ، فإنها ترجع بعد انقراضهم إلى أولى الناس بالمحبس ، وإن كان حياً .

وهى لذوى الحاجة من أهل المرجع دون الأغنياء ، فإن كانوا كلهم أغنياء فهى لأقرب الناس بهم من الفقراء.

وقد تقدم هذا فى كتاب الحبس .

فى هبة المريض ووصيته لرجل بدار، وهبة الذمى للمسلم

وهبة المريض عبدًا للثواب تجوز كبيعه.

فإن قبض منه الموهوب أو المبتاع ذلك فأعتقه ولا مال له ، لم يجز ذلك ، ولورثة الواهب منع الموهوب من بيع الهبة حتى يعطيهم قيمتها .

ومن « العتبية » : قال عيسى : عن ابن القاسم فى المريض يهب لرجل مريض هبة لا مال له غيرها ، ثم وهبها الموهوب للواهب فى مرضه ، ولا مال له غيرها.

قال : المال يجعل من تسعة أسهم فثلثها ثلاثة للموهوب له أولاً، فيرجع من هذه الثلاثة سهم للواهب الأول، فيصير بيد ورثة الأول سبعة وبيد ورثة الثانى اثنان.

قال أبو محمد : هذا الذى ذكر عيسى عن ابن القاسم فى مسألة دور ، ولم يجعل فيها دورًا .

وقال ابن عبدوس فى «كتاب الدور » له : إن التسعة الأسهم يكون منها ثلثها ثلاثة لورثة الواهب الثانى ثم يؤخذ منها سهم وهو ثلث ماله .

واعلم أن هذا السهم دائر ، لأنك إن أعطيته لورثة الأول قام عليهم ورثة الثانى فى ثلثه كما لو طرأ، ولأن هبة البتل تدخل فيما علم به الميت وفيما لم يعلم ، ويقوم عليهم ورثة الأول فى ثلث ثلثه ، فيدور هكذا بينهم حتى ينقطع ، فلما كان هذا هكذا وجب أن يسقط السهم الدائر ، ويقسم ذلك السهم بين الورثتين على ما استقر بأيديهم فيصير المال بينهم على ثمانية ، ستة لورثة الواهب الأول واثنين لورثة الواهب الثانى .

ومن « **المدونة** » وإذا أوصى المريض لرجل بدار بعينها وثلثه يحملها ، فقال الورثة : نعطيك ثلث جميع ماله ولا نعطيك الدار ، فليس لهم ذلك ، لأنها لو غرقت فصارت بحراً بطلت الوصية ، فلما كان ضمانها منه كان أولى بها.

وقد تقدم أنه يقضى بين المسلم والذمى فيما وهب أحدهما لصاحبه أو تصدق عليه بحكم الإسلام ، لأن كل أمر يكون بين مسلم وذمى فإنه يحكم بينهم بحكم الإسلام.

وقد بقى من هذا الكتاب مسائل يسيرة ذكرتها فى « الأحباس» والوصايا فأغنت عن إعادتها.

جامع مسائل مختلفة مما ليس فى « المدونة »

ومن « كتاب محمد » و « العتبية » : قال مالك : يجوز للرجل أن يتصدق بماله فى صحته ، وقد فعله الصديق رضى الله عنه.

وقال سحنون فى « العتبية » : إذا تصدق بجل ماله ولم يكن فيما [ق / ١٩ / ٩ب] أبقى منه ما يكفيه ردت صدقته . وإن كان فيما أبقى منه ما يكفيه لم ترد .

قال غيره من البغداديين : نحن نكره له ذلك وليبق على نفسه، لأن الله سبحانه ورسوله قد بينا لنا أن الإبقاء على الوارث أولى ، فإبقاء المرء على نفسه أكثر ، فأولى من الإبقاء على الوارث .

قال مالك فى الكتابين : ويكره أن ينحل أحد بنيه ماله كله أو جله ، مثل أن يفعل ذلك للصغير ويدع الكبير .

قيل له : أفيرده ؟ فلم يقل فى الرد شيئًا .

قلت له : فالحديث فى الذى نحل ابنه عبدًا له ، فقال له النبى عليه السلام : **«أكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ ، قال : لا ، فأرجعه »** (١) .

قال مالك : إنما ذلك فيما أرى أنه لم يكن له مال غيره .

فقلت له : فإن لم يكن مال غيره ، أيرد ؟

فقال : إن ذلك لا يقال ، وقد قضى به بالمدينة .

قال ابن القاسم : أكره ذلك ، فإن فعل وحيز عنه فلا يرد بقضاء.

وذكر عن ابن القاسم فيمن تصدق بماله كله على بعض ولده وتبين أنه حيف وفرار من كتاب الله تعالى رد ذلك فى حياته وبعد مماته .

قال أصبغ : إذا حيز عنه حاز على كل وجه ، اجتمع أمر القضاة والفقهاء على

---

(١) أخرجه مالك (١٤٣٧) ومسلم (١٦٢٣) وأبو داود (٤٥٤٢) والترمذى (١٣٦٧) والنسائى (٣٦٧٣)وابن ماجة (٢٣٧٦) وابن حبان (٥١٠٠) والطيالسى (٧٨٩) من حديث النعمان بن بشير رضى الله عنه.

هذا وجرمه بينه وبين الله.

قال محمد : صواب .

وقد **قال ابن القاسم** غير هذا : أكره أن يعمل به أحد، فإن فعل لم يرد .

قال أبو محمد : ووجه ما روى من نحل بعض ولده دون بعض إنما هو - والله أعلم - فيمن نحل ماله كله .

فأما من لم ينحله كله فهو جائز ، وقد فعله الصديق ، وقاله عمر وعثمان - رضى الله عنهم - وعمل به الناس .

فصل

ومن «العتبية» : قال ابن القاسم : فيمن تصدق على زوجته فعوضته وضع صداقها عنه ، أو تضع الصداق أولاً ليتصدق عليها بمنزل له ، فيموت هو قبل حيازة المرأة .

قال: ليس فى الصدقات ثواب، وهى ماضية كمن تصدقت عليه إذا حيزت ولا ثواب فيها، فهذه الزوجة التى أثابته بوضع صداقها على صدقته ، فالصداق عنه موضوع ولا حق لها فيما أعطاها إلا بالحيازة وكذلك إذا بدأت هى بوضع الصداق فهو عنه موضوع، ولا حق لها فيما أعطاها إلا بالحيازة .

وأما إذا وهبها هبة فأثابته هى بوضع الصداق فالهبة لها، وإن لم تقبضها حتى مات ، إن كانت الهبة للثواب ، يعرف ذلك من أمرها ، وكذلك لو ابتدأت بوضع الصداق فالهبة مخالفة للصدقة .

فصل

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون فيمن وهب لعبده هبة ثم استحق بحرية أو ملك ، فله أخذ ما أعطاه ، إلا ما كان أعمره أو حبسه عليه ، فليس له رد ذلك وذلك بصحبه حيث ما كان ولا يستثنيه فى عتق ولا بيع ، ولا لمن اشتراه أخذ ولا قبض .

ولو بقى عبده بيده فلا يرجع فيه ولكن ما حصل بيده من غلة ذلك فله انتزاعه، قاله كله مالك والمغيرة وغيرهما .

قال مطرف وابن الماجشون : ولو أعتقه فاتبعه ما وهبه كماله ، ثم استحق بحرية أو ملك ، فلا يرجع فيما كان أعطاه .

ولو أعتقه قبل العطية ثم أعطاه ، ثم استحق بحرية أو ملك فله أخذ العطية ، لأنه يقول : ظننته يكون مولى لى ، وبه أقول . وقال مطرف وأصبغ : ليس له أخذ ذلك.

فصل

قيل لابن المواز : أيهما أفضل العتق أو الصدقة ؟

قال : ذلك على قدر شدة الزمان ورخائه.

ومن « العتبية » : قال ابن القاسم عن مالك ، قال : الحج أحب إلىَّ من الغزو، إلا أن يكون خوف .

قيل : فالحج أو الصدقة ؟

قال : الحج إلا أن تكون سنة مجاعة .

قيل : فالصدقة أو العتق ؟

قال : الصدقة .

قيل : فإطعام الطعام أو الصدقة بالدراهم؟

قال : حسن .

وقال فى « كتاب محمد » كان طاووس يصنع الطعام ويدعو هؤلاء المساكين أصحاب الصفة .

فيقال : لو صنعت طعامًا دون هذا ؟ فيقول : أنتم لا تكادون تجدونه ، وكان يجعل للعجائز الدهن فيأمر بهن فيمشطن ويدهن .

قال فى « العتبية » : وكان رجل ببلدنا من أهل الفضل والعبادة يردون العطية يعطونها ، إلا أن لا يكون لهم عنها غناء.

قيل : فمن جعل على فرس فى السبيل أو أعطاه دنانير ، فلا يقبل إلا على وجه الحاجة .

قال: أما من الإمام فلا بأس .

قال ابن القاسم : يريد الخليفة ، وأما الناس بعضهم من بعض فإنى أكرهه.

مالك : وما جعل فى السبيل من العلف والطعام ، فلا يأخذ منه الأغنياء ولكن أهل الحاجة .

وأما ما جعل من الماء فى المسجد فليشرب منه الأغنياء، لأنه جعل للعطاش .

قال مالك : وأكره لهؤلاء الذين لا يجدون ما ينفقون أن يخرجوا إلى الحج والغزو فيسألون .

قال سحنون: لا بأس بشراء كسور السؤال، وقد قال النبى عليه السلام فى بريرة: « **هو لها صدقة ولنا هدية** » [١] .

تم « كتاب الهبات » بحمد الله وعونه [ق / ٢٠/ ٩ب] .

تم الجزء السادس ويتلوه الجزء السابع إن شاء الله

* * *

(١) أخرجه البخارى (١٤٢٣) ومسلم (١٠٧٥) من حديث عائشة رضي الله عنها.

فهرس الموضوعات

الموضوع — الصفحة